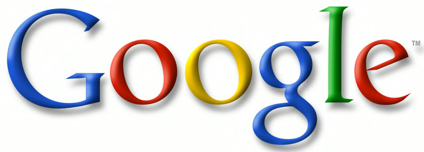




JOANNIS VOET

JCTI ET ANTECESSORIS IN ACADEMIA LUGDUNO-BATAVA

COMMENTARIORUM

AD PANDECTAS

LIBRI QUINQUAGINTA,

In quibus, præter Romani Juris principia ac controversias illustriores, Jus etiam hodiernum, & præcipuæ Fori Quæstiones excutiuntur.

EDITIO QUINTA VENETA

PRIORIBUS EMENDATIOR ET AUCTIOR:

Cui nempe praeter V. Cl. CASPARI BURMANNI Vitae Auctoris Narrationem, et Indicem Generalem Titulorum, et Materiarum, in sex Tomis contentarum,

NUNC PRIMUM ACCEDUNT

Alii duo Tractatus de FAMILIA ERCISCUNDA, et de JURE MILITARI, qui simul cum praedicto Indice constituunt Tomum Septimum.

TOMUS TERTIUS.





VENETIIS

SUMPTIBUS PETRI MILESI EDIT.

M. DCCC. XXVII.

LIBER DUODECIMUS.

TITULUS I.

De rebus creditis, si certum petatur, et de condictione.

SUMMARIA.

1. *De contractibus in genere, & in specie de mutuo.*
2. *Mutuum est verus contractus, licet ex uno tantum latere obliget.*
3. *Mutuum est stricti juris. Excutitur generaliter, quare contractus alii sint stricti juris, alii bonæ fidei; & unde colligatur regulariter, an bonæ fidei an stricti juris sint?*
4. *Mutuum re constat. Sufficit ficta traditio. Conciliatur* l. 11. ff. h. t. *cum* l. 19. ff. de præscr. verbis, & l. 34. ff. mandati.
5. *Conciliatur* l. 15. ff. h. t. *cum* l. 34. ff. mandati, *ac probatur, inter solos præsentes non item absentes, fictam traditionem jure Romano, sed secus moribus, fuisse conceptam, excepto constituto possessorio, cujus ratio redditur, & casu quo res prius ex alia causa per dominum tradita fuit.*
6. *Monstratur, legum superiorum conciliationem non posse peti a distinctione temporum quasi olim fictæ traditiones variæ fuissent reprobatæ, quæ post admissæ.*
7. *Qui possint dare mutuum? ubi de negotiorum gestoribus, procuratoribus, tutoribus, civitatis administratoribus, dominis nummos suos alieno nomine mutuos dantibus; & de sociis, qui dant pecuniam communem.*
8. *Qui non possint dare? ubi de pupillis, provinciarum præsidibus, & his qui nummos alienos dederunt tanquam suos. Sæpe mutuum, quod ab initio inutile est, nummorum consumtione confirmari, etiamsi reprobi nummi dati essent, quod exemplis docetur.*
9. *Confirmatur etiam ante consumtionem nummorum si accipiens eos usuceperit. Quando nummi censeantur consumti?*
10. *Quid juris, si filiusfam. viaticum suum, cum peregre degeret studiorum causa, mutuum dederit?*
11. *Qui possint mutuum accipere? ubi de Præsidibus, Judicibus, apud quos lis pendet, Civitatibus & Ecclesiis mutuum accipientibus per suos administratores: & quando civitates ac Ecclesia ex mutuo per administratores accepto obligentur vel non, secundum jus civile, canonicum, ac hodiernum.*
12. *Quando pupilli, minores, & similes obligentur ex mutuo per tutores aut curatores accepto?*
13. *An, & quousque uxores mutuum accipientes obligentur aut maritos obligent? remissive.*
14. *In mutuo fit alienatio corporum datorum. An sit mutuum, si tibi nummos donem, ut eos mihi credas, tuque credideris?*
15. *Quibus detur certi condictio ex mutuo? an & domino nummorum, quos non dominus suo nomine numeraverat? An Titio, si meos nummos Titii nomine dederim, vel ipsius Titii nummos? Quid si plures mutuum dederint? Quando actio incipiat illis competere, qui nummos alienos dederunt ut suos?*
16. *Non impeditur certi condictio ex mutuo, si numerationi mutui conventio alia inutilis adjecta sit? quod exemplis illustratur.*
17. *Conveniendi hac actione mutuatarii. Si plures acceperint, an singuli in solidum? An mutuatarius efficaciter in mutuo accipiendo id agere possit, ut mutuans unum ex pluribus mutuatarii heredibus in solidum conveniat?*
18. *Reddendum in mutuo idem in genere, non plus, nec usuræ ex pacto adjecto, sed tantum ex stipulatu. Quid moribus?*
19. *Quo in loco, & quo tempore mutuum reddi debeat? quando reddendum, si nullum restitutioni mutui tempus adjectum sit?*
20. *An adjecto die, quo mutuum restitui debeat, mutuatarius illud ante tempus additum invito mutuanti reddere possit? & an valeat pactio, ne mutuatarius reddat mutuum nisi post certi temporis lapsum?*
21. *Mutuum non potest per partes restitui, nisi in casibus quibusdam exceptis.*
22. *Aliud pro alio restitui nequit, nec aurum infectum pro pecunia signata. Quid reddendum, si aliud in instrumento dicatur datum esse, aliud vere datum probetur?*
23. *Pro nummis aureis datis argentei restitui possunt, & vice versa, exceptis paucis casibus.*
24. *De mutatione monetæ ratione bonitatis internæ vel externæ, quæ inter dationem mutui ac restitutionem contigit, cui prosit vel noceat, an debitori, prolixior disputatio.*
25. *Si alius sit valor nummorum in uno quam in altero loco, considerandus valor loci illius, in quo solutio facienda est.*
26. *Probatur mutuum per scripturam; ubi de agnitione chirographi per scribentem, aut viduam ejus, aut heredes, aut in officio successores, facienda; & quando illud juris interpretatione pro agnito habeatur?*
27. *Probatur & per testes. Quid si dissentiant in quantitate numerata, vel de numeratione quidem, at non de quantitate deponant; vel unus de numeratione, alter de quantitate?*
28. *Olim viguit parœmia* cens renten altyd renten, *nec post acceptas semel usuras sortis repetitio fieri potuit, licet id pacto actum esset. Quousque id nunc in Hollandia & Ultrajecti mutatum sit?*
29. *Cujus loci statuta spectanda sint in quæstione, an sortem ex dato repetere liceat, nec ne?*
30. *An vere detur ulla literarum obligatio, quæ nasceretur ex confessione numerationis, quæ secuta non est?*

30. *An vere detur ulla literarum obligatio, quæ nasceretur ex confessione numerationis, quæ secuta non est?*

31. *Opponitur scripturæ exceptio non numeratæ pecuniæ; quæ in rem est, & intra biennium privilegiata. Quid agendum sit, si possessor chirographi agat intra biennium, & præsens vel absens sit?*

32. *Recensentur casus, quibus cessat hæc exceptio; ubi de confessione apud argentarios; de pignore vel fidejussore dato, de parte debiti soluta, de transactione super eo, quod numeratum non est, de confessione depositi, & solutionis per apocam.*

33. *Post biennium exceptio non numeratæ pecuniæ opponi potest, si excipiens ipse paratus sit probare, numerationem non esse secutam.*

34. *Respondetur ad objectiones.*

35. *Quid moribus circa hanc non numeratæ pecuniae exceptionem & probationem ejus obtineat?*

1. Actum fuit in secunda Pandectarum parte de judiciis in rem. In personam actiones ex contractu vel quasi, maleficio vel quasi, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris descendere, expeditum est, §. 1. *Instit. de actionibus*, *l.* 1. *ff. de obligat. & action.* §. *ult. Instit. de obligation.* ac quicquid ex his causis debetur, crediti appellatione contineri potest, latius sumto crediti vocabulo, *l.* 1. *l.* 2. §. *creditum* 3. *ff. h. t.* junct. *l. creditores* 10. *l.* 11. *l.* 12. *ff. de verb. signif.* Sed in hac tertia pandectarum parte potissimum de eo credito, quod ex contractu descendit, ac actionibus inde vel ea occasione natis tractatio instituta fuit. Contractus in genere, prout a pacto distincti concipiuntur, sunt conventiones de re danda facienda vel præstanda, quibus subest obligandi causa ex sua natura. Et vel innominati sunt, de quibus in fine libri decimi noni; vel nominati, quibus nempe certum ac speciale nomen a jure civili impositum est; dum utilitas fecit, ut conventio esset in usu communi; usus conventioni nomen peperit; atque ita utilitas obligationis constituendæ causa fuit, nomen indicium ac nota constitutæ, ut post Donellum Vinnius *tract. de pactis cap.* 8. *num.* 3. Et hi iterum vel re constant vel verbis vel literis vel consensu *d.* §. *ult. Instit. de obligat.* Re constantes dicuntur, ad quorum perfectionem necessaria est rei traditio: inter quos ordine primum est mutuum, quod recte definieris *contractum juris gentium, stricti juris, re constantem, quo res fungibilis* (id est pondere numero vel mensura constans & functionem seu permutationem recipiens in suo genere, sic ut per appensionem, admensionem aut adnumerationem transferatur, & res alia similis restituenda fungatur vice rei datæ, *l. mutuum* 2. §. 1. *ff. h. t.* ibique Gothofred. *in notis*) *alteri datur ea lege, ut res eadem in genere, seu ejusdem bonitatis & quantitatis restituatur*, *pr. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.*

2. Quamvis autem mutuum non utrinque, sed ex uno tantum latere obligatorium sit, non tamen ideo e contractuum serie eliminandum est, cum enim Labeo contractum describit *ultro citroque obligationem*, *l. Labeo* 19. *ff. de verbor. significat.* neque plenam contractuum omnium, neque accuratam definitionem, sed rudem magis delineationem, in pluribus quidem, at non omnibus in contractibus locum invenientem concepisse dicendus est. Constat utique, contractus proprie accurate loquendo obligationes non esse, sed magis ex contractibus, perinde ut ex delictis, obligationes nasci, §. *ult. Instit. de obligat.* ac potius conventionem, velut genus tum pactorum tum contractuum debere considerari, *l.* 1. §. *conventionis* 3. *ff. de pactis*, denique non mutuum tantum, sed & contractus omnes innominatos, ipsamque etiam stipulationem, non utrimque, sed ab uno latere obligationem inducere. Nisi forte per varias vocabuli *contractus* significationes dissidium videatur componendum. Quandoque enim tam late patet, ut & quasi contractus comprehendat, *l. contractus* 23. *ff. de reg. juris*, frequentius ita, ut veros complectatur contractus, a quasi contractibus omnino distinctos, §. *ult. Instit. de obligat.* subinde strictissime, ut denotet tantum conventiones illas, quæ utrimque obligatoriæ sunt, *d. l.* 19. *ff. de verb. significat.* quo modo Ulpianus scribens, *sed si non sit mutua pecunia, sed contractus*, hoc sensu angustissimo contractum accepit in *l. creditores* 10. *ff. de verbor. signif.*

3. Stricti juris mutuum est, ea nisi fallor potissimum ratione, quia ab una tantum parte obligationem parit. Etenim (ut parumper hic ad generaliora digrediar) si tantum obligationum tam ex quasi, quam vero contractu descendentium seriem mente revolvamus, inveniemus, illa plerumque habita fuisse bonæ fidei negotia, ex quibus vel utrimque principaliter obligatio ac propterea etiam directa utrimque actio nascebatur; vel ex uno latere principaliter, ex altero per consequentiam quandam ac velut ex post facto, ideoque duplex quidem actio competebat, sed directa una, altera contraria: contra vero ea, quæ ex uno tantum latere obligationem pariebant, stricti juris fuisse. Scilicet, cum in negotiis utrimque obligatoriis difficilius esset, ob multiplicem circumstantiarum varietatem ita vel pactionibus omnia definire, vel cautionibus circumscribere, ut non a prudentissimis quædam omitterentur, justum visum fuit, id, quod deesset expressæ partium conventioni, per judicem ex bono & æquo suppleri, atque ita per eum æstimari, quantum alteri ex bono & æquo, etiam extra ac præter id, quod in conventionem deductum erat, præstare oporteat. Ex adverso, cum non tantæ tamque multiplicatæ in negotiis ab uno tantum latere obligantibus occurrerent rerum varietates, visum fuit, his definiendis prudentem contrahentis circumscriptionem posse sufficere; ac suæ culpæ & negligentiæ debere unumquemque accepto ferre, si minus ei per conventionem prospectum sit; ac proinde judicem quoque in judicando adstrictum esse oportere iis, quæ placuerant, nec debere eorum, quæ nominatim cauta non essent, habere rationem. Confer Vinnium ad §. 28. *Instit. de action. num.* 2. Sic sane mutuum nostrum, sic stipulatio, hereditatis aditio, indebiti solutio, pacta legitima donationis ac constituti, contractus denique innominati plerique, uti ex uno tantum latere obligant, ita & stricti juris sunt. Ex opposito, commodatum, depositum, pignus, emtionem, locationem, emphyteusin, societatem, mandatum, tutelæ administrationem, negotiorum alienorum vel etiam rerum communium gestionem, bonæ fidei esse, ac bonæ fidei actiones producere, discimus ex §. *actionum autem* 28. *Instit. de action.* ex quibus

omnibus vel utrimque directas, vel directas ac contrarias actiones oriri, principia juris abunde docent. Hæsitationem interim aliquam forte fecerit, quod in jure proditum est, descendentes ex permutatione vel æstimatorio contractu actiones, & hereditatis petitionem, ipsamque pro dote ex stipulatu actionem, bonæ fidei judiciis accenseri, *d.* §. 28. & 29. *Instit. de action.* & tamen non nisi uno ex latere his in causis aut obligationem esse aut dari actionem. Sed animadvertendum, ista sic peculiaribus de causis præter jus commune placuisse, atque adeo in iis a regula exceptiones esse. Quis enim, obsecro, magnopere miratur, permutationem & contractum æstimatorium bonæ fidei fuisse habitum, ubi perpenderit, quantam hi duo contractus innominati connexionem & affinitatem habeant cum emtione, locatione, mandato, negotiis bonæ fidei & utrumque contrahentem obligatum reddentibus, juxta *l.* 1. *ff. de æstimatoria, l.* 2. *ff. de rerum permutac. l. ult. ff. de condict. causa data.* Actionem ex stipulatu de dote bonæ fidei esse, æquum fuit, quia in locum veteris rei uxoriæ actionis, quæ dotium favore bonæ fidei erat, surrogata, ejus quoque naturam ac conditionem debebat imitari; quippe non durante tantum eo, qui olim fuerat, sed & multis modo aucto per leges novas dotis favore. Denique de hereditatis petitione jus certum ante non fuisse, sed demum ex Justiniani constitutione eam in classem negotiorum bonæ fidei relatam fuisse, constat ex *l. ult.* §. *ult. Cod. de petit. hered.* §. 28. *in fine Instit. de action.* ea forte ratione, quod possessor hereditatis non tam sua, quam hereditaria ac per consequentiam heredis veri negotia gessisse, adeoque ad negotiorum gestorem, bonæ fidei judicio devinctum, accedere intelligitur: dum vendit, pretia venditarum rerum ac credita hereditaria exigit, aliaque plura facit, quorum intuitu ipsum etiam ex quasi contractu obligari vero heredi, supra demonstratum est *tit. de petit. hered. num.* 1. Quod si e contrario urgeas, finium regundorum judicium stricti juris esse, & tamen in eo æque ac in familiæ erciscundæ ac communi dividundo judicio confinem utrumque experiri posse, sic ut & duplex inde hoc judicium appelletur, *l. in tribus* 12. & 14. *ff. de judiciis*, *l. judicium* 10. *ff. finium regund.* ita habe, nullam ex finium confusione inter confines communionem fuisse natam, adeoque nec desiderari per eam actionem, ut a communione, multis plerumque difficultatibus innodata, sed tantum ut a terminorum confusione, recedatur: a qua, tanquam non multis circumstantiarum varietatibus implicita aut impedita, satis apte recedi posse placuit, etsi judici plenum ex bono & æquo judicandi arbitrium datum non sit.

4. Sed de diverticulo ut in viam ac ad *mutuum* redeamus, illud re constare, ac non nisi traditione perfici, certum est, *princ. Instit. quib. mod. re contrah. obligat.* quod tamen ita accipiendum, ut non præcise veram intervenire necesse sit, sed & ficta sufficiat, sic ut unus vel etiam duplex actus traditionis quasi occultetur, ambagum evitandarum causa, non modo secundum juris civilis placita, sed & juxta hodiernos mores, teste Hugone Grotio *in manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 8. 9. 10. Veluti, si convenerit inter deponentem ac depositarium, ut nummi antea depositi in posterum mutui sint, *l. certi condictio* 9. §. *ult. l.* 10. *ff. h. t. l. qui negotia* 34. *fere in pr. ff. mandati.* Vel jussero, te a debitore meo accipere pecuniam tanquam mutuam, tuque acceperis, *d. l.* 34. *l. singularia* 15. *ff. h. t.* vel si quis rogatus mutuam dare pecuniam, cum eam non haberet, lancem roganti dederit vel massam auri, ut eam venderet, & nummis uteretur, dummodo venditio ac pretii numeratio subsecuta fuerit, ut auctor est Ulpianus, *l. rogasti* 11. *ff. h. t.* Nam si res quidem vendenda fuerit tradita, ea lege, ut pretium inde redactum mutuum esset, ac venditio etiam celebrata, pretii vero numeratio roganti mutuum facta necdum sit, ficta quoque traditio necdum intervenisse videri potest, nec mutuum natum, cum nihil hactenus ad rogantem pervenerit, quod alia ex causa vere traditum, ex mutui causa numeratum fingeretur: unde & rogans tunc, ex ejusdem Ulpiani sententia, non certi condictione ex mutuo, sed præscriptis verbis actione tenetur, puta ex contractu æstimatorio, quasi negotio quodam inter eos gesto *proprii contractus*, id est, a mutuo diversi, *l. rogasti me* 19. *ff. de præscriptis verbis*, junct. *l. si gratuitam* 17. §. *si margarita* 1. *ff. eod. tit. l.* 1. *ff. de æstimatoria.* Neque huic postremæ fictarum traditionum speciei adversatur Africanus, cum in *l. qui negotia* 34. vers. *his argumentum ff. mandati*, scribit, *eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petituram, & tamen pecuniam ex argento redactam periculo ejus fore, qui accepisset argentum.* Loquitur enim de eo, qui non de facto mutuum dabat, sed dare volebat, eumque in finem argentum vendendum dabat; nullo pacto addito, ut pecunia inde redacta mutua esset, quippe cujus altum in verbis legis silentium est; cum tamen illa sola formula atque conventio, *ut nummi inde redacti mutui essent*, vel *ut nummis uteretur*, fictam in mutuo traditionem inducat, ubi pretii numeratio subsecuta est. Sola sane voluntas dandi mutuum, sola conventio de mutuo dando, sola denique destinatio nummorum ad mutuum, non facit mutuum aut fictam efficit traditionem, *l. qui pecuniam* 30. *ff. h. t. l. si quis patremfamilias* 3. §. *ult. l.* 4. 5. 6. *ff. ad senatusc. Macedon.* quod & ab Africano in *d. l.* 34. adnotatum est, cum ait, *nuda pactione pecuniam creditam fieri non posse.* Ac proinde recte dixeris, minus esse in ea conventione, quæ proponitur ab Africano in *d. l.* 34. quam in ea, quam Ulpianus concepit in *d. l.* 11. *ff. h. t.* imo, quia deerat in *d. l.* 34. conventio, ut nummi ex argento vendendo dato mutui essent, non alius in ea facti specie contractus intelligi potuit, quam innominatus intelligi æstimatorius, quo alter alteri rem æstimatam vendendam tradit, ut accipiens vel rem incorruptam reddat, vel æstimationem de qua convenit, juxta *l.* 1. *in fine ff. de æstimatoria*, *l. si gratuitum* 17. §. *si margarita* 1. *ff. de præscriptis verbis.*

5. Quin & ficta censebitur ad mutuum contrahendum traditio intervenisse, secundum Ulpianum, si procurator, qui nummos a domini debitoribus exegerat, eosque ex causa mandati reddere domino tenebatur, præsens cum domino præsente convenerit, ut crediti nomine eos retineat; videtur enim domino prius data pecunia, & ab eo rursus ad procuratorem profecta, *l. singularia* 15. *ff. h. t.* adeoque nulla prioris debiti novatio, sed potius solutio intercessisse videtur, per quam prior ex mandato obliga-

tio peremta est; cum ad novationem stipulatione opus esset, quæ hic non apparet. Qui rursus non contradicit Africanus in *d. l. qui negotia* 34. *ff. mandati*, quando ait, ex eo, quod is, qui negotia Lucii procurabat, & a debitoribus ejus pecuniam exegerat, epistolam ad eum emisisset, qua significabat, *certam summam ex administratione apud se esse, eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus*, creditum non fieri. Nam etsi a Vinnio recte observatum sit *lib.* 1. *select. quæst. cap.* 40. frustra conciliationem tentari ex eo, quasi in *d. l.* 34. epistola quidem ad dominum emissa esset, sed de domini in mutuum consensu secundum epistolam non appareret; cum aperte satis Africanus ipse conventionem adeoque domini assensum supponat, dum pro argumento utitur, nuda pactione pecuniam creditam fieri non oportere; imprudentius tamen est, quod vir doctus iterato repetiit, illos oleum & operam perdere, qui hoc inter Africanum & Ulpianum dissidium student componere; perinde ac si dies diem non doceret, nec quicquam ultra superesset tentandum. Quamvis enim id libens concesserim, ex usu fori parum interesse, utrum inter dominum ac procuratorem, absentem an præsentem convenerit, ut exacti pro domino nummi apud procuratorem ut mutui remanerent, ad id, ut mutuum fiat, ut ipse ait *d. cap.* 40. *in fine*, ex juris tamen Romani principiis ista duo perinde habita fuisse, persuasum mihi non est. Cum ergo ab Africano tractari video de procuratore absente, qui id per epistolam emissam domino significaverat; ab Ulpiano vero simpliciter, sine distinctione vel absentiæ, conventionem inter dominum præsentiæ ac procuratore proponi, nihil vetare putem, quo minus Ulpiani verba de conventione inter præsentes inita accipiam, restrictione ad multas alias leges conciliandas & explicandas usitata ac necessaria, quarum una generalius asserit, quod altera cum distinctionis mentione negat. Quo posito, jure optimo Ulpianus fictam admisit traditionem, atque inde mutuum; negavit jure non minore Africanus. Cum enim fictiones juris solius soleant regulariter imitari naturam, ac possibilitatem naturæ plerumque supponant, sic ut ibi fictiones juris cessent, ubi rerum natura veritatem non admittit, ut patet ex *§. minorem* 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. *Instit. de adoption.* nisi diserte ac nominatim aliud in hac aut illa fictionis specie inveniatur dispositum; ut id adnotatum in *pr. Inst. de inoff. testam.* necesse fuit, Africanum inter dominum & procuratorem absentem negare ficta traditionis interventum; eo quod nec vera poterat inter eos, sibi invicem absentes, intervenire. Contra quoque, cum inter præsentes vere traditio naturalis esset, fictam etiam ad imitationem naturæ Ulpianus inter dominum ac procuratorem ei præsentem haud difficulter probavit. Hanc vero inter absentes præsentesque diversitatem juris circa ficta brevis manus traditiones admittendas aut respuendas, ne quis temere confictam gratis poni putet, efficit abunde Ulpiani locus in *l. falsus creditor* 43. *§. si is, qui* 2. *ff. de furtis*, ubi scribit, *si is qui indebitum accipiebat, delegaverit solvendum non erit furti actio, cum eo absente solutum sit; cæterum si eo præsente, alia causa est, & furtum fecit.* Aut enim omnia me jura fallunt, aut unicum distinctionis ab Ulpiano factæ fundamentum in ficta brevis manus traditione inter præsentes probata, inter absentes impedita positum est. Titius scilicet secundum speciem facti istius legis, cum sciret sibi nihil deberi, Mævium, putantem per errorem, se Titii debitorem esse, cum non esset, delegavit Sempronio; solutione Sempronio facta, cum quæreretur, an non Titius ita furti reus factus esset (quia constat, furtum fieri, cum quis indebitos nummos sciens accepit, *l. quoniam* 18. *ff. de condict. furtivâ*) ait Ulpianus, furtum a Titio delegante factum esse, si eo præsente solutum sit: non alia, ut opinor ratione, quam quia tunc contrectatio nummorum a Titio delegante facta intelligitur, quasi nummi per delegatum Mævium non Sempronio, sed ipsi Titio præsenti soluti, rursus per Titium Sempronio numerati essent. Contra vero furti actionem non esse cum Titio, cum eo absente solutio Sempronio per Mævium facta est; non aliam, ut existimo, ob causam, quam quia, uti nulla absenti Titio naturalis solutio fieri poterat; ita nec ficta nummorum numeratio in eo concipi aut fingi debuit, adeoque nec nummi considerari, quasi Titio traditi & rursus per eum Sempronio soluti: cui consequens erat, ut, deficiente & vera & ficta traditione, atque ita nulla etiam apparente Titii vera vel ficta contrectatione ad furtum necessaria, a furti vitio Titius immunis pronunciaretur: quod fieri non oportuisset, si in absente æque ac præsente Titio delegante ficta nummorum traditio concipienda foret. Juvatque hanc de ficta traditione inter absentes non probata sententiam coætaneus Ulpiano Paulus, quando in *l. ejus rei* 46. *l.* 47. *ff. de rei vendicat.* statuit, si in rei vindicatione reus ex jurejurando in litem præstiterit æstimationem, dominium statim ad possessorem pertinere, quia dominus cum eo transegisse & decidisse videtur eo pretio, quod pro ipso constituit: hæc autem *ita esse, si res præsens sit: sin absens, tunc* dominium rei acquiri, *cum possessionem ejus possessor nactus est ex voluntate actoris*. Non enim alia de causa Paulum ita scripsisse existimo, quam quia, ubi res præsens est, vere tradi potuit, & ob id quoque tradita fingitur; tradi vero non potuit vere, cum absens est, ideoque nec dominium ejus videri potest translatum ex ficta traditione, terminos habiles haud inveniente. Sed & pro hac opinione facit, quod idem Paulus in *l.* 1. *§. si jusserim* 21. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* cum Prisco tradit, *si jusserim venditorem procuratori rem tradere, tum ea in præsentia sit, videri mihi traditum; idemque esse, si nummos debitorem jusserim alii dare; non est enim corpore & actu necesse, apprehendere possessionem; sed etiam oculis & affectu: & argumento esse eas res, quæ propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas: nam pro traditis eas haberi, si in re præsenti consenserint.* Vides, & rerum venditarum traditionem & nummorum ex delegatione solvendorum numerationem ita fingi factam emtori ac creditori delegant, *si in præsentia sint*. Et sane, si sibi invicem, & ipsis rebus, præsentes esse non deberent, inter quos ficta brevis manus intercedit traditio, ineptus plane Paulus fuerit, quod addidit conditionem illam, *cum ea in præsentia sit*; ac mox subjungit, columnas pro traditis haberi, *si in re præsenti consenserint*. Juvat insuper, quod Papiniano (qui Paulo ac Ulpiano non nihil superior) placuit, non aliter traditis horrei clavibus merces in horreo reconditas

videri traditas, quam si apud horrea claves traditæ sint, *l. clavibus* 74. *ff. de contrah. emt.* Quodque idem Papinianus in *l. donationes* 31. §. *species* 1. *ff. de donation.* respondit, *species extra dotem a matre filiæ nomine viro traditas, filiæ, quæ præsens fuit, donatas & ab ea viro traditas videri.* Qualis filiæ præsentia rursus frustra cum emphasi proponeretur, si æque, filia absente, ficta potuisset traditio esse. Denique, quod & Javolenus, his omnibus antiquior scripsit, si pecuniam, aut aliam rem, quam mihi debes, te in conspectu meo ponere jubeam, eo id effici, ut mea esse incipiat, quasi quodammodo longa manu tradita, *l. pecuniam* 79. *ff. de solution.* Etsi ergo legibus nonnullis simplicius dicatur, merces videri traditas, clavibus horrei traditis, rerum venditarum possessionem censeri translatam, si venditorem, quod emerim, deponere in domo mea jusserim, §. *item si quis merces* 45. *Instit. de rer. divis. d. l.* 1. §. 21. *in fine, l. quod meo* 18. §. *si venditorem* 2. *ff. de acquir. vel amitt. poss. l. qua ratione* 9. §. *item si quis* 6. *ff. de acquir. rer. domin.* tamen ista non aliter, quam concurrente præsentia, secundum plures leges alias manifestas requisita, intelligenda ac restringenda sunt. In ea tamen ficta traditione, qua res, quæ jam ante per dominum ex alia causa fuerat tradita, ex nova causa tradita fingitur, exceptionem esse puto, nec præsentia rei opus esse eo tempore, quo id agitur, ut, verbi gratia, id quod apud te prius deposui, deinceps ex causa mutui vel empti vel donati penes te sit: eo quod tempore præcedentis veræ traditionis res præsens fuit, & ista vera traditio nunc cum suis qualitatibus simpliciter fingitur repetita: unde & tunc dicitur *animo cœpisse possidere*, & *sine traditione nuda domini voluntate* res translata esse, §. *interdum* 44. *Instit. de rer. divis. l. certi condictio* 9. §. *ult. l.* 10. *ff. h. t.* Sed & secundo, in constituto possessorio, quo quis id, quod prius suo nomine possidebat, constituit se velle deinceps alieno nomine possidere, (secundum *l. quod meo* 18. *pr. l. qui bona* 19. §. 1. *ff. de acquir. vel amitt. possess.*) probatum Romanis video, præsentiam eorum, inter quos per constitutum ficta contingit traditio, non desiderari, sed & inter absentes posse locum invenire, ut colligi potest ex *l. quadam mulier* 77. *ff. de rei vindicat.* & ex societate universali, in qua per quoddam constituti genus res omnes corporales a sociis possessæ inter eos communicantur, ita scilicet, ut quisque, quod ante tanquam proprium suo nomine possedit, deinceps pro parte velit nomine socii possidere, *l.* 1. §. 1. *l.* 2. *ff. pro socio.* Quam singularitatem in constituto non aliunde quam ex ipsius constituti propria natura profluere existimo: eo quod constitutum tale, non facti, sed animi est: vult alieno nomine possidere, quod suo ante possedit: animum solum si mutaverit, constitutum est, *d. l.* 18. *d. l.* 19. §. 1. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* qualis animi mutatio nullam duorum præsentiam naturaliter requirit. Atque hinc etiam, si quis non simplici constituto possessionem transferre voluerit, sed amplius fictam quandam traditionem interponere, præsentia iterum opus fuit; ut patet in eo, qui, cum fundum vendidisset, eumque tradere vellet, emtori ex alta turre fundum monstrat vacuamque se tradere possessionem dicit; non translaturus sane possessionem professione illa traditionis vacuæ possessionis, nisi cum ea concurrisset monstratio fundi ex turre conspicui, atque adeo in præsentia emtoris ac venditoris sic positi, ut oculis & affectu apprehendi posset, *l. quod meo* 18. §. *si venditorem* 2. *in fine ff. de acquir. vel amitt. possess.* junct. *l.* 1. §. 21. *in med. ff. eod. tit.* Quod si & stipulatione considerare libuerit, quamvis a mutuo ceteroquin distinctas, vel ex ipsa patescet, quantam juris diversitatem præsentia pariat, ad absentiæ oppositionem, atque ita huic quoque disputationi lucem addent. Si enim *procuratori domini præsentis cautum fuerit, ex stipulatu actionem utilem domino competere, nemo ambigit,* ut ait Ulpianus, *l. si procuratori* 79. *ff. de verb. obligat.* Contra, si absente domino procurator sibi de evictione caveri curaverit, non aliter domino de evictione actio datur, quam si per procuratorem cessa sit, procuratore per actionem mandati ad cessionem compellendo, *l. possessio* 49. §. *ult. ff. de acquir. vel amitt. possess.* idque secundum generalia juris principia, quibus quisque sibi, nullus alteri (exceptis quibusdam casibus singularibus) stipulatur, & ex stipulatu actionem quærit §. *si quis alii* 4. §. *alteri* 19. *Instit. de inutil. stipulat.* Ex quibus, nisi fallor, illud conficitur, procuratore stipulante dominum præsentem ipsum fingi stipulatum esse, absentem non item, quia præsens ipse potuit, absens non potuit, per naturam stipulari. Nec est, quod quis etiam in casu *d. l.* 34. *ff. mandati*, æque, ac in casu *l. quadam mulier* 77. *ff. de rei vindicat.* constitutum possessorium quærat. Etenim in constituto possessorio is, qui suo nomine possedit, incipit deinceps alieno nomine possidere, *d. l.* 18. *ff. de acquir. vel amitt. possess.*, quod & contigit in facti specie, quæ est in *d. l.* 77. at in *d. l.* 34. *ff. mandati*, non potest procurator velle nummos, a domini debitoribus exactos, nomine domini possidere, quos vult mutuos apud se esse; sed potius, cum antea nummos illos exactos nomine domini possedisset, nunc id agere vult, ut eos suo nomine tanquam mutuos habeat, quod a constituto possessorio longe diversum est.

6. Sunt interim, quibus placuit, leviore ac simpliciore via hanc inter Africanum & Ulpianum, adeoque inter *d. l.* 34. *ff. mandati*, & *l.* 11. 15. *ff. h. t.* dissonantiam tolli posse, puta, temporum distinctione; jura increscere, augeri, extendi quotidie; Africano florente nondum adeo plene fictas traditiones pluribus in casibus invaluisse; Ulpiani vero tempore magis frequentatas fuisse, ac pluribus in casibus, quam ante receptas, utrumque sui seculi jura adnotasse. Quorum opinioni haud difficulter subscriberem, tanquam facillimæ; nec multis ambagibus aut involucris implicitæ, simulque eam continenti conciliandi rationem, quæ pluribus in partibus juris nostri explicandis componendisque usitata atque merito probata est; nisi ex aliis legibus patesceret, etiam fictas traditiones multifariam Africani ætate, atque etiam antea, fuisse admissas, laudantibus illas Javoleno atque Celso, sibi fere coætaneis, Africano autem superioribus, *l. si rem* 62. *ff. de eviction. l. pecuniam* 79. *ff. de solutionibus, l. interdum* 21. *ff. de acquir. vel amitt. possess. l. quod meo* 18. §. *si venditorem* 2. *ff. eod. tit. l. ut mihi* 21. §. 1. *ff. de donat.* Gajo quoque, qui Africano non inferior, *l. qua ratione* 9. §. *interdum* 5. & 6. *ff. de acquir. rer. domin.* ac Pomponio, qui Africano prope æqualis, *l. si servus* 21. §. 1. *ff. de acquir. rer. domin.* Et sane,

si omnium horum jurisconsultorum temporibus id, quod meum erat, & apud te extabat, mea voluntate potuerit tuum fieri, tanquam ficta traditione, uti id in rebus depositis vel commodatis, ac postea depositario vel commodatario venditis donatis mutuo daris apparet; nulla ratio fuit, cur non æque, imo longe facilius, mea voluntate penes te manere potuisset tanquam tuum, quasi per fictam traditionem; quod tu mihi ex causa mandati vel æstimatorii contractus alioquin debuisti præstare, quodque, antequam mihi solveres, revera tuum erat, solutione tua demum a te in me transferendum, secundum casus in *d. l.* 11. *&* 15. *ff. b. t.* propositos. Et hæc quidem de fictis traditionibus pro locis nostri juris difficillimis explicandis sufficiant.

7. Mutuum dare potest dominus, liberam habens rei illius fungibilis, quam dat, administrationem, vel alius domini nomine, quo casu domino nummorum ex numeratione, per procuratorem vel negotiorum gestorem facta, non tantum certi condictio ex mutuo acquiritur, sed & actiones aliæ, sive in rem, sive in peosonam, pro conveniendis fidejussoribus, ac persequendis pignoribus in mutui dati securitatem procuratori devinctis, sine ulla actionum cessione, *l.* 2. *C. per quas personas nobis acquiritur*, arg. *l. si absentis* 4. *C. si certum pet. l. si pecuniam* 26. *ff. b. t.* Ut tamen domino liberum sit nomen mutuatarii reprobare, quoties in illud non consensit, & aliqua gestoris in pecuniis collocandis culpa apparet, *d. l.* 4. *pr. &* §. 1. *C. si certum pet.* junct. *l. litis contestatæ* 37. §. 1. *ff. de negotiis gestis.* Sic & civitatis pecuniam recte dat mutuam civitatis administrator, *l. Gajus Sejus* 11. *ff. de usuris*, tutor aut curator nummos pupilli vel furiosi, arg. *l. si tutor* 15. *ff. de administr. & peric. tutor.* Quin imo, si dominus suos nummos, tanquam ad Titium pertinentes, Titii nomine mutuos dederit, sive sciente Titio, sive ignorante, mutuum tamen contractum intelligitur, & certi condictio Titio quæsita, *l. certi* 9. §. *si nummos* 8. *ff. b. t. l. si ita stipulatus* 126. §. *Chrysogonus* 2. *ff. de verbor. obligation.* quod ita in mutuo, uti alia plura, jure singulari receptum est. Quod si socius communem sociorum pecuniam numeravit ut mutuam, non aliter creditam efficit, quam si ceteri quoque consentiant, quia suæ tantum partis alienationem habuit, *l. si socius* 16. *ff. b. t.* cujus etiam solius partis intuitu tunc mutuum consisteret in sociorum dissensu, arg. *l. nam & si fur* 13. §. *ult. in fine ff. b. t.* nisi per mutuatarium nummi jam consumti sint; tunc enim ex consumtione confirmato mutuo in nummis alienis, etiam condictio ex consumtione danda foret, ut post dicetur.

8 Non tamen mutuum dare potest pupillus sine tutoris auctoritate, §. *ult. Instit. quibus alien. licet vel non l. non omnes* 19. §. 1. *ff. b. t.* Nec præsides provinciæ eorumque ministri, qui ad tempus, non perpetuo funguntur officio: sive per se sive per interpositas personas id faciant, *l. principalibus* 33. *l.* 34. *ff. b. t. l. eos qui*, 3. *C. si certum pet.* (quod tamen hodie non servari, notat Perezius *Cod. si certum petatur num.* 5.) nec quisquam nummos alienos suo nomine sine domini voluntate, quippe quos extantes dominus vindicare posset, bona fide consumtos condictione repetere; puta, condictione sine causa; de consumtis mala fide ad exhibendum agere, *l. rogasti* 11. §. *ult. ff. b. t.* vel etiam consumtos condicere, cessa sibi per eum, qui nummos numeraverat, condictione, quæ danti fuerat vel ex stipulatione de restituendo, vel ex consumtione accipientis quæsita, *l. quamvis* 2. *C. si certum pet. l. nam & fur* 13. *b. t.* Observandum enim, sæpe mutuum, quod ab initio non recte datum erat, atque ita ex numeratione inutile, dum obligatio ex mutuo nasci non potuit, quamdiu id, quod datum erat, accipientis factum non esset, quasi deficiente obligandi causa, postea tamen ex consumtione convalescere, ac parere condictionem ex consumtione, non præcise domino nummorum, sed numeranti accommodandam; eo quod non, unde originem pecunia, quæ mutuo datur, habeat, sed qui contraxit, sic ut propriam numeravit, in hujusmodi obligationibus, requiritur, *l. non omnis* 19. §. *ult. in fine ff. b. t.* junct. *l. non unde* 7. *C. si cert. petatur.* Qua ratione pupillo mutuum numeranti sine tutoris auctoritate, & furioso, & prodigo, & furi vel prædoni post consumtionem nummorum per ipsos nullo jure mutuo daturum condictio data est, §. *ult. Instit. quibus alien. licet vel non, l. rogasti* 11. §. *ult. l.* 12. *l.* 13. *pr. &* §. 1. *l. non omnis* 19. §. 1. *ff. b. t.* quod & usu probatum, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 14. Quin imo, etsi reprobi nummi dicantur mutuo dari, si tamen per recipientem tanquam probi expensi fuerint, magis esse puto, ut hic quoque numeranti jus suum crediti ex consumtione firmatum sit. Licet enim fateri necesse sit, reprobis nummis solutis liberationem debitori solventi non contingere, *l. eleganter* 24. §. *qui reprobos* 1. *ff. de pignorat. act.* similique modo, nummis non probis ex causa mutui datis, jus crediti non nasci: expensis tamen iisdem per accipientem, ut probis, & debitori liberationem competere, & mutuanti suum jus crediti confirmari, dicendum est: tum, quia vix est, ut probari queat, reprobos fuisse, quos accipiens iterum tanquam probos erogavit; tum quia, eo maxime probato, audiendus non est quisquis propriam audet turpitudinem allegare; allegat autem, qui se reprobam pecuniam pro proba expendisse, quod legibus interdictum, commemorat; tum denique quia is, qui per reproborum nummorum numerationem ex causa mutui obligari non vult, vel debitorem suum liberari non patitur, ita demum reproborum nummorum exceptione tueri sese potest, si reprobos restituat, *d. l.* 24. §. 1. *ff. de pignorat. act.* Etiamsi de cetero verum sit, impune ferre non oportere, sed tanquam falsi reum coercendum esse, qui sciens dolo malo reprobos pro probis numerasse, probatur, de quo *ad tit. de lege Cornelia de falsis*.

9. Quid, quod & ante consumtionem pecuniæ, per non dominum suo nomine numeratæ, mutuum utiliter convalescere intelligitur, si accipiens eam nondum consumptam usuceperit, cum per istam usucapionem sic adimpletam ipsi danti suum jus crediti confirmatum sit, dum ipse est, qui accipienti præstitit usucapiendi facultatem, arg. *l. si aliedam* 13. *l. qui alienam* 33. *ff. de mortis causa donat.* Consumti autem nummi aliæque res fungibiles intelliguntur, non modo si erogati fuerint, aut oleum, vinum, frumentum similiaque per usum, in abusu consistentem, esse desierint; sed &, si ita hæc omnia rebus acci-

pientis propriis mixta fuerint, ut discerni ultra non possint, *l. si alieni* 78. *ff. de solut.*

10. Quod si filiusfamilias viaticum suum, (quod scilicet ei peregre studiorum causa degenti in iter & alimenta pater subministraverat seu in sumtum destinaverat) mutuum dederit, cum studiorum causa Romæ ageret, responsum est a Scævola, extraordinario judicio illi subveniendum esse; cum alioquin filiusfamilias vulgo nequeat suo nomine actionem in judicio movere, *l. cum filiusfamilias* 17. *ff. h. t. l. si longius* 18. *in fine ff. de judiciis*, junct. *l. filiusfamilias* 9. *ff. de oblig. & act.*

11. Accipere mutuum possunt omnes, qui & efficaciter obligari; etiam præsides provinciarum, *l. praesidis* 34. §. 1. *ff. h. t.* non tamen judices, apud quos lis pendet, ab iis, ad quos ea lis pertinet; quippe qui mutuum tunc dantes videri possent judicum corruptores, & (ut rescriptum habet) legum & provinciæ emptores esse, *l. quisquis* 16. *C. h. t. si certum petatur.* Sed & mutuum recte accipiunt civitates aliæque universitates & Ecclesiæ per suos administratores: ut tamen hæ non aliter obligentur ex mutuo administratoribus adnumerato, quam si doceatur, illud in rem ipsarum versum esse; cum alioquin ipsi potius administratores, qui contraxerunt, suo nomine ex mutuo tali conveniendi forent, *l. civitas mutui* 27. *ff. h. t. novell.* 120. *cap. & hoc quidem* 6. §. *ult.* vel etiam probetur, nominatim administratoribus id ex universitatis consilio atque decreto legitime & ex more interposito mandatum esse, ut universitatis nomine mutuam pecuniam sumant; tunc enim necesse non est ad obligandam universitatem, ut creditum re ipsa verum sit. Scilicet administratori rerum universitatis earundem quidem bene curandarum, conservandarumque provincia incumbit, sic ut sine speciali universitatis mandato possit ea omnia facere, sine quibus rerum talium gestio atque tuitio peragi nequit, arg. *l. cui jurisdictio* 2. *ff. de jurisdictione*, gravare tamen universitatem nequit mole æris alieni, mutuum suo arbitratu nomine universitatis accipiendo; cum id ad administrationem non pertineat, sed magis ita universitas perderetur ac mergeretur, arg. *l. habebat* 13. *ff. de institoria act.* Sed si consilio ex more habito, ac decreto subsecuto, administrator sic speciali instructus mandato mutuam acceperit pecuniam nomine universitatis, illa procul dubio obligata efficietur etiamsi creditor haud probaverit, in utilitatem ejus creditum versum esse, vel etiam constaret, administratorem istas pecunias inutiliter absumsisse: eo quod creditor ex mandato administratori dato nummos ei numerans ex mutui causa, non tam administratoris, quam potius universitatis mandantis fidem secutus intelligitur; eo modo, quo quis credens magistro navis, cui tacitum ex præpositione mandatum est datum, ut nempe contrahat, quoties navis tali sumtu indiget, non ultra quicquam inquirere tenetur, quam an mandato locus sit, id est, an tali sumtu navis indigeat; quo comperto, tuto credit magistro navis, & exercitorem sibi obligatum efficit: non modo cum pecunia in navis usus a magistro versa est, sed & cum is mutata mente in suos usus bonos malosve eandem derivavit, *l. 1. §. unde quaerit* 9. *l. ult. ff. de exercit. actione*, arg. *d. l. habebat* 13. *ff. de institoria actione*. Utrobique enim est quod sibi tum universitas tum exercitor imputare debet, quod talem suis negotiis ac pecuniis mutuis accipiendis præfecerit. Et hanc ex legibus Romanis petitam distinctionem circa universitates mutuo obligandas per suos administratores, non obscure comprobavit jus canonicum in *cap. pen. extra, de fidejussoribus*, dum illic a Pontifice constitutum est, *ne quis religiosus absque majoris partis capituli & abbatis sui licentia ab aliquo pecuniam mutuam accipiat; alioquin non teneatur conventus pro his aliquatenus respondere: nisi forte in utilitatem domus ipsius manifeste constiterit redundasse.* Si ex consensu majoris partis capituli & abbatis mutuum acceptum esset, non inquirendum amplius erat utrum in conventus aut monasterii utilitatem versi fuissent nummi, nec ne; sed id unum, an Abbatis & capituli licentia intervenisset, ad id ut conventus aut monasterium ex illo mutuo teneretur. Sed si consensus ille defuisset, tum verum erat, ita demum ex mutuo obligari istam religiosorum universitatem, si in utilitatem domus ipsius versam fuisse pecuniam manifesto constet. Confer *tit. quod cujusque universit. nomine num.* 4. Fachineum *controvers. libr.* 2. *cap.* 75. 76. 77. Andr. Gayl. *tract. de arrestis imperii observat.* 9. *num.* 5. *& seqq.* Menochium *de arbitrar. judic. libr.* 2. *casu* 432. Hartmannum Pistoris *libr.* 1. *quaest.* 37. Zoesium *ad Pand. h. t. num.* 41. 42. 43. 44. Joh. a Sande *decis. Frisic. libr.* 3. *tit.* 2. *defin.* 3. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 6. *defin.* 18. 19. Responsa Juriscons. *Holl. part.* 4. *consil.* 91. Huberum *ad Pand. h. t. num.* 8. *& seqq.* Mævium *de arrestis cap.* 8. *num.* 204. *& seqq.* Interim malitia quorundam ærarii quæstorum, mandati occasione majorem pecuniæ quantitatem, quam mandato cautum erat, nomine reipublicæ mutuo accipientium, effecit, ut hoc sæculo *anno* 1651. *die* 6. *Octobr. vol.* 1. *plac. Holl. pag.* 1506. per Hollandiæ Ordines sancitum fuerit, non obligari Hollandiæ provinciam ex solis quæstorum cautionibus, quibus fatentur, se nomine ac mandato Ordinum mutuas accepisse pecunias (vulgo recepisse) sed demum, si solemnia instrumenta, specialem Ordinum ratihabitionem continentia, mutuantibus porrecta fuerint; qui etiam monentur non nisi ad talium solemnium instrumentorum traditionem mutuam quæstoribus pecuniam numerare. Qualis lex an nunc adhuc vigeat, merito dubites; dum nunc non aliter reipublicæ mutuum credi solet, quam scriptura privata primitus a quæstoribus ærarii recepta, quæ pluribus sæpe mensibus demum elapsis cum solemni obligationis instrumento commutatur.

12. Porro, quia pupilli & minores efficaci mandato suos tutores & curatores ad mutuum suo nomine accipiendum instruere non possunt, hinc nec aliter ex mutuo, quod tutores vel curatores se nomine pupillorum accepisse confessi sunt, pupilli ipsi obligabuntur, quam si in eorum utilitatem versum constet, *l. si in rem* 3. *C. quando ex facto tutoris vel curat. minor. agere vel conveniri debeat*, arg. *l. civitas* 27. *ff. h. t.* junct. *l rempublicam* 3. *C. de jure reipublicae*, sic ut minores, in quorum rem mutuum non cessit, ne restitutionem quidem opus habebant; quippe ad quam demum confugiendum fuit, quoties ipsi tutoribus aut curatoribus auctoribus mutuum probarentur accepisse, ipsique contraxisse, juxta *l.* 1. 2. *C. si adversus creditorem.*

13. An autem, & quousque uxores mutuum accipere ac maritos aut se obligare valeant, in materia tutelæ & nuptiarum tractandum est.

14. Effectus mutui ex parte dantis est, quod & dominum rerum fungibilium datarum & periculum in accipientem transit: in mutuo enim corporum datorum alienationem contingere nec ipsa corpora, quæ appensa admensa vel adnumerata sunt, sed tantum alia similia, ad mutuantem redire oportere, expeditum est, *pr.* & *§. item is 2. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* Unde & dubitatum fuit, an mutuum esset, si tibi pecuniam donassem, ut eam mihi crederes tuque credideris; eo quod nummi, quos donavi, ut mox reciperem, non videntur ex meo dominio exivisse; neque enim alienantur, qui sic dantur, ut recipiantur, *l. qui sic solvit* 55. *ff. de solution.* Sed benigne receptum fuit, tale mutuum valere *l. si tibi pecuniam* 20. *ff. h. t. l. qui id, quod* 33. *§. ea lege* 1. *ff. de donation.* nec obstat *d. l.* 55. *de solutionibus*, tum quia jurisconsultus in *d. l.* 20. ipse fatetur, secundum subtilitatem verborum neque mutuum neque donationem tali in casu esse; utrumque tamen ex benignitate valere: tum quia *d. l.* 55. demum obtinet, si nulla ad accipientem utilitas ex tali donatione perveniat; alioquin enim dominium etiam brevissimo temporis spatio transire atque redire posse, si quod inde commodum accipienti accedat, patet ex *l. servus dotalis* 58. *ff. soluto matrimonio*, ubi servus dotalis heres institutus uxori per maritum stante matrimonio redditus est, ea conditione, ut cum jussu ejus tanquam dominæ, hereditatem adierit, eique acquisierit, rursus marito retradatur. Quo modo etiam in nostro casu utilitas accipientis nummos ea lege, ut iterum det mutuos, in eo est, quod ad brebe tempus eos ex donatione capiens, mox reddendo obligationem sibi ex mutuo quæsivit.

15. Ex parte accipientis mutuum id operatur, quod ipse incipit mutuanti obligatus esse; & inde adversus ipsum certi condictio ex mutuo datur: quæ est actio personalis, stricti juris, competens mutuanti & ejus heredibus, si modo mutuans fuerit nummorum dominus, aut alienos nummos suo nomine numeraverit ex domini voluntate: neque enim domino nummorum hæc actio competit, nisi per numerantem suo nomine non dominum ea cessa sit; vel nisi obligationis instrumento insertum sit, debitorem restiturum mutuam pecuniam possessori chirographi (*toonder deses*) cum eo casu non soli nummorum domino, sed & cuivis alteri chirographi possessori sine speciali cessione contra debitorem agendi potestas sit, nisi probetur eum mala fide cautionem possidere, Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 7. ibiq. Groenewegen. Si plures simul dederint, singulis actio pro parte danda est, cum hoc debitum dividuum sit, nisi id actum fuerit, ut unusquisque solidum repetere posset; quo casu præventioni locus foret. Quod si quis nummos, tanquam ad Titium pertinentes, Titii nomine mutuos dederit, Titio magis, quam numeranti, ut ut nummorum domino, hæc actio danda foret, sive Titio sciente, sive eo ignorante, id contigisset, *l. certi* 9. *§. si nummos* 8. *ff. h. t. l. si ita stipulatus* 126. *§. Chrysogonus* 2. *ff. de verbor. obligat.* multoque magis id obtinebit, si nummi ad ipsum Titium pertinentes Titii nomine ex mutui causa per procuratorem ejus aut negotiorum gestorem numerati sint, *l. cum per liberam* 2. *C. per quas personas nobis acquir. l. si absentis* 4. *C. si certum petat. l. si pecuniam* 26. *ff. h. t.* Plane si quis alienos nummos ex mutui causa numeraverit tanquam suos, vel alia ratione mutuum non recte contractum sit, non nisi post consumtionem obligatio & certi condictio nata censeri debet, nisi is, qui alienos tanquam suos dederat suo nomine, stipulatus insuper esset, eos sibi restitui, quo casu, iis adhuc extantibus, non hac, sed ex stipulatu condictione experiri posset, ut ante monitum, *l. nam & si fur* 13. *ff. h. t. l. si quis pro* 56. *§. si nummos* 2. *ff. de fidejussor. l. quamvis* 2. *C. si cert. petat.*

16. Illud mutuanti in repetitione, per hanc actionem facienda, non obest, quod forte mutui numerationi conventionem aliam adjecit, quæ inutilis est. Qua ratione, si suo nomine decem numeraverit, & hæc alii reddi stipulatus sit, quamvis inutilis sit alteri facta stipulatio, ipse tamen condicere hac actione decem potest, *l. certi* 9. *numeravi* 4. *ff. h. t.* idemque est, si id, quod suo nomine numeraverat, sibi quidem restitui stipuletur, sed sub impossibili conditione, contractus vitiante; nam & hic mutuum utiliter datum ab inutili stipulatione separandum est, *d. l.* 9. *item quæri* 6. *ff. h. t.* Sed & si pupillo quis mutuum dederit tutoris auctoritate, vel alteri majorenni, cui mox post dationem bonis interdictum est, deinde a pupillo solo vel prodigo sine tutoris aut curatoris auctoritate stipulatus sit, salvam adhuc ei esse ex mutuo condictionem, responsum est, *d. l.* 9. *§. idem erit* 5. & *§. sed &, si* 7. *ff. h. t.* nisi novandi animo stipulationem cum pupillo prodigove fuisse subsecutam probatum sit, arg. *l.* 1. *§.* 1. *ff. de novation.*

17. Conveniendus per hanc certi condictionem mutuatarius; & si plures sint, singuli pro parte, quoties se singuli non nominatim in solidum obligarunt, *l. si non singuli* 5. *l. si in rem* 12. *C. si certum pet.* Præsertim, cum & præsumendum in dubio sit, ad unumquemque datam ex causa mutui pecuniam pro virili parte pervenisse, arg. *l. reos* 11. *§. cum tabulis* 1. *ff. de duobus reis constituendis*. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 14. *defin.* 21. Si plures unius mutuatarii heredes sint, secundum jus commune, quo obligationes hereditariæ dividuæ ac actiones ipso jure inter coheredes divisæ sunt, non nisi pro ea parte, qua heredes sunt, tenentur, *l.* 1. *C. si cert. pet.* arg. *l.* 1. & *tot. tit. C. de hereditar. action.* adeo ut ne speciali quidem stipulatione mutuatarius mutuanti facultatem concedere queat, conveniendi ex mutuo unum ex mutuatarii heredibus, mutuantis arbitrio & electione. Etsi enim testamento debitor unum ex suis heredibus integri debiti solutione onerare queat, sic ut eo casu reliquis liberationem ab onere æris alieni legasse intelligatur, *l. servo legato* 69. *§. si testator* 2. *ff. de legatis* 1. contractu tamen id agere non potest, ut unus ex pluribus heredibus solus creditori obligatus esset, &, si id maxime actum sit, tamen pactum tale conventum non creditori tantum, sed & ceteris gravatis coheredibus inutile esset, sive stipulationi sive mutuo insertum, *l. eum, qui ita* 56. *§. te & Titium* 1. *ff. de verbor. obligat.* junct. *l. omnia* 7. *ff. h. t.* Uti enim non potest obligare plane extraneum, ita nec heredem ultra eam partem,

ex qua is heres est; cum partium aliarum coheredibus datarum intuitu hic pro extraneo habendus sit. Eoque facit, quod ne tunc quidem, cum per testamentum onus illud æris alieni persolvendi uni ex pluribus heredibus impositum est, creditori ullum jus agendi in solidum contra gravatum nascitur, sed magis secundum juris Romani principia contra singulos heredes sunt, experiendum est; dato ipsis regressu adversus eum, qui solus solvere testamento damnatus est; *d. l.* 69. §. 2. *ff. de legatis* 1. Gomezius *variar. resolut. tom.* 2. *c.* 11. *num.* 15. *in med.* Christinæus *ad Leg. Mechliniens. tit.* 16. *art.* 37. *n.* 15. Adde *tit. famil. erciscun. n.* 27.

18. Petitur hac actione, ut tantundem, seu res eadem in genere, ejusdem bonitatis ac quantitatis reddatur, *l. cum quid* 3. *ff. h. t.* non plus, quam datum est, licet id pacto actum esset, ut plus reciperetur, veluti pro decem numeratis undecim, *l. rogasti* 11. §. *si tibi* 1. *ff. h. t.* constitit enim, re non posse obligationem contrahi, nisi quatenus datum est, *l. si tibi decem* 17. *pr. ff. de pactis*, *l. cum ultra* 9. *C. de non numerat. pecunia*, adeo ut ne usuræ quidem fœnebris pecuniæ ex pacto peti potuerint, sed tantum ex vinculo stipulationis; eo quod jure Romano actionem ex pacto stricti juris negotiis addito non dari, *tit. de pactis* dictum est, *l. quamvis usuræ* 3. *C. de usuris*, idque eo magis, quia hæc actio certi condictio est, obligatio vero usurarum incerta pro temporis duratione, *l. ubi autem* 75. §. *pen. ff. de verbor. obligat.* absurdum vero fuerit, incertum peti certi condictione. Hodie tamen, uti ex alia quavis nuda conventione, ita ex pacto numerationi addito recte agitur ad usuras, aut ad undecim cum decem dati essent, si modo nihil in fraudem usurarum legitimarum fiat. Groenewegen ad *leg.* 17. *ff. de pactis*. Plane si decem dati fuerint ea lege, ut novem reddantur, non minus civili quam hodierno jure conventio servanda est, *d. l.* 11. §. 1. *ff. h. t.* junct. *leg. in traditionibus* 48. *ff. de pactis*.

19. Reddendum autem mutuum eo loco, quo datum est, nisi locus alius restitutioni destinatus sit, de quo alibi: tempore etiam per conventionem definito, alioquin, die non apposito, non statim, sed post temporis modici lapsum, ut tempore medio aliquam saltem ex mutuo ac usu pecuniæ utilitatem mutuatarius sentire potuerit; quod arbitrio judicis pro re nata definiendum. Ut enim commodato sine temporis adjectione concesso, officii & humanitatis ratio patitur, intempestive commodatæ rei usum auferri, *l. in commodato* 17. §. *sicut autem* 3. *ff. commodati*, ita quoque iniquum esset, mutuatarium, qui quasi beneficio mutuantis juvari debet, per subitaneam numeratæ pecuniæ repetitionem eludi, decipi, circumscribi. Et quamvis verum sit, in omnibus obligationibus, in quibus dies appositus non est, præsenti die deberi, *l. in omnibus* 14. *ff. de reg. juris*, *l. eum, qui calendis* 41. §. 1. *ff. de verbor. obligat.* non tamen eo humanitas atque etiam arbitrium judicis exclusum censeri debet, ut mutuatario convento modica vel per mutuantem vel per judicem dilatio tribuatur, pro negotiorum diversitate, arg. *d. l.* 17. §. 3. *ff. commodati*, *l. quod dicimus* 105. *ff. de solution. l. promissor Stichi* 21. §. 1. *ff. de constituta pecun. l. cum militi* 16. §. 1. *in fine ff. de compensation.* sic ut merito huic rei applicueris illud Pauli, hæc æquitatem suggerere, etsi jure deficiamur, *l. in summa* 2. §. *item Varus* 5. *ff. de aqua pluv. arcend. act.* Fachineus *controv. lib.* 2. *cap.* 52. Menochius *de arbitrar. judicum lib.* 2. *casu* 22.

20. Diei tamen adjecti occasione dubium, an mutuatarius invito mutuanti ante diem, restitutioni tempore numerationis dictum, obtrudere queat mutui redditionem. Sane, si ut plerumque adsolet fieri, in mutuatarii gratiam dies adjectus sit, quo possit interim conquirere quod reddat; dubium non est, quin & maturius mutuantem invitum ad recipiendam ex mutui causa debitam pecuniam jure compellat; cum suo quisque juri ac favori recte renunciet, *l. quod certa* 70. *ff. de solut.* arg. *l. pen. C. de pactis*, junct. *l. stipulatio ista* 38. §. *inter incertam* 16. *l. eum, qui* 41. *ff. de verbor. obligat. l. intra dies* 7. *ff. de re judicata*, eoque pertinet, quod a Venulejo scriptum est, id quod in diem debetur, ante solvi posse, licet peti non possit, *l. continuus actus* 137. §. *cum ita* 2. *circa fin. ff. de verbor. obligat.* Adde *l. Javolenus* 15. *in fine ff. de annuis legatis*. Si vero in ipsius mutuantis gratiam potissimum diem restitutioni præfinitum esse constet, dum pactus est, sibi demum post anni bienniive decursum mutuum restitui, ne alioquin quot mensibus, aut saltem sæpius, de collocanda fœnori aut in alios usus vertendi pecunia sollicitus esse teneatur, sæpius etiam otiosos penes se diutius servare nummos præter expectationem maturius redditos, non animadverto, cur mutuatario liberum esset ante tempus reddere, quod ea lege, ne ante reddat, accepit: nisi interfurium temporis necdum ex pacto elapsi superaddere paratus sit. Etsi enim a variis traditum inveniam, sustineri non oportere pactionem illam, qua id agitur, ne intra certum tempus mutuum reddi queat, Molinæus *tract. de usuris quæst.* 51. *num.* 354. Menochius *de præsumt. lib.* 3. *præs.* 122. *n.* 69. 79. 71. Sande *decis. frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 11. *in fine*, Ant. Matthæus *parœm. Belgar. juriscons.* 4. *num.* 7. rationi tamen naturali ac certis juris principiis id adversari putem. Primo enim constat satis ex *l. Javolenus* 15. *ff. de annuis legatis*, per heredem id, quod in diem a testatore legatum erat, ante diem non recte solvi, si probatum fuerit, propter capientis personam, quod rem familiarem tueri non posset, legatum in diem relictum esse: sive autem pacto sive testamento dies in creditoris gratiam adjectus fuerit, quid, quæso, refert? Cujacius ad *l.* 38. §. *inter incertam* 16. *ff. de verbor. obligationib.* Deinde, cum expeditum sit, eum, qui ædium usum conduxit in certum tempus, migrare ante tempus non posse, aut derelinquere contra placita ædium usum; quin nihilominus integri temporis, contractu definiti, pensionem præstet, *l. dominus* 55. §. *ult. ff. locati*, sufficiens nulla diversitatis ratio reddi potest, cur non in usu pecuniæ, in abusu consistente ac per mutuum concesso, æque efficaciter conveniretur de usu pecuniæ ad certum usque tempus sub usuris retinendo. Vanum sane simulque fictum est, in usurarum legitimarum fraudem ita quicquam agi. Et, si valeat conventio, ut post certum tempus reddere liceat, cui tacite inclusum, ne ante illud tempus restitutio fiat, ut id plures censent secundum Christinæum *ad Leg. Mechl. tit.* 12. *art.* 3. *n.* 4. *in notis*, consequens est, nisi in verbis ludere visum sit, superiorem quoque conventionem, de mutuo non nisi post

tempus invito mutuanti reddendo, justam esse ac extra fœnoris illiciti vitium positam. Atque hoc fundamento nititur nunc passim probata illa pactio, ne debitor creditori sortem reddat, nisi facta creditori ante sex menses aut aliud tempus denunciatione, eam restitutum iri; quo non aliud efficitur, quam ne intra certum tempus restitutio mutui permissa sit, Mevius ad *jus Lubecense lib.* 3. *tit.* 8. *art.* 12. *num.* 4. *& seqq.* Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 36. Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 12. *art.* 2. *num.* 8. Zoesius *ad tit. pand. de solution. num.* 31. Vinnius *ad* §. 2. *Instit. de verb. oblig. num.* 4. Abr. a Wesel *de novel. constit. Ultraject. art.* 20. *num.* 12. 13. ibique plures allegati. Quod ipsum isti quoque conventioni inclusum est, quam mutuatarius in annum mutuam accepit pecuniam sub usuris: in quantum ante annum reddere tunc sortem nequit, nisi oblatis simul anni totius usuris, arg. *l. qui Romæ* 122. *ff. de verbor. oblig.* Groenewegen *ad d. l.* 122.

21. Restituenda ex mutuo simul & semel tota quantitas: non enim particularem solutionem, multa sæpe incommoda habentem, creditor invitus tenetur admittere, nisi id actum sit, *l. tutor.* 41. §. *Lucius* 1. *ff. de usuris*, *l. obsignatione* 9. *C. de solut.* aut pars debiti sit liquida ac in confesso, pars illiquida, sic ut de ea litigatum eundum sit, *l. quidam existimaverunt* 21. *ff. h. t.* aut plures unius mutuantis vel mutuatarii heredes sint, qui singuli non ultra partem suam hereditariam ex mutuo aliisque causis accipiunt, aut reddere compelluntur, *l. pro hereditariis* 2. *C. de heredit. action. l. per familiæ* 2. §. *ult. l.* 3. *l. heredes* 25. §. *si miles* 1. *ff. famil. ercisc.*

22. Est & restituenda res ejusdem generis, non aliud pro alio, nisi creditori consentienti aliud in solutum detur, *l. eum, a quo* 16. *C. de solution. l.* 2. §. 1. *l.* 3. *ff. h. t.* junct. *l. pretii causa* 9. *C. de rescind. vendit.* adeo ut, si mutui nomine acceperim auri vel argenti pondus, reddere non possim invito creditori pecuniam ad numerum; cum alia sit pecunia numerata, seu signata, aliud aurum argentumve infectum, cujus solum pondus spectatur & materia, nec alterum sub altero contineatur, arg. *l. cum aurum* 19. *ff. de auro argento legato*, etsi aliud id donationibus placuerit, dum mitius cum eo agendum videtur, qui ex sua liberalitate debitor est, *l. si quis argentum* 35. *pr. C. de donation.* junct. *l. Divus Pius* 28. *ff. de reg. jur.* dissentit Pinellus *ad tit. C. de rescind. vend. in rubr. part.* 1. *cap.* 3. *n.* 9. *& seqq.* Quod si aliud instrumento, quasi numeratum comprehensum sit, aliud vere mutui titulo datum constet, non quod scripto cautum, sed quod re ipsa numeratum, reddendum est; eo quod plus valere debet quod agitur, quam quod simulate vel per errorem, conceptum est, *l. si non singuli* 5. *C. si cert. petatur*, *tit. Cod. plus valere quod agitur quam quod simulate concip.* &, uti absurdum creditum, re obligationem ultra contrahi, quam datum est, *l. si tibi decem* 17. *pr. ff. de pactis*, *l. cum ultra hoc C. de non numerat. pecun.* ita ineptum æque esset, re quemquam obligari in aliud, quam quod ei numeratum fuit.

23. Pecuniam tamen mutuo acceptam nemo restituere tenetur regulariter in eadem moneta, sed alios nummos æque probos, seu idem valentes, dando liberatur, veluti aureos pro argenteis, & vice versa; cum in nummis mutuo datis non tam corpora quam quantitates spectentur, nec hactenus denarii ab aureis, neque aurum ab ære distet, arg. *l. quæ extrinsecus* 65. §. 1. *ff. de verbor. obligat. l. etiam aureos* 159. *ff. de verb. sign.* junct. *l. si is, cui* 94. §. *sin autem* 1. *ff. de solution. l.* 1. *ff. de contrah. emt. l. plane, ubi* 34. §. *sed si non corpus* 3. *ff. de legatis* 1. nisi nominatim aliud actum sit, vel inde damnum passurus esset mutuans, forte nimis minuta reddita moneta, vel alio modo, *l. debitorem* 99. *ff. de solutionibus* (ubi pro *debitorem* oportere legi, *creditorem*, Gothofredus in notis aliique jure monent) Fachinæus *controv. lib.* 2. *cap.* 50. Pinellus *ad tit. C. de rescind. vend. in rubric. part.* 1. *cap.* 3. *num.* 16. 17. quod & per universum orbem invaluisse testatur Parladorius *rerum quotidian. libr.* 2. *cap. fin. part.* 5. §. 17. *num.* 18. *& seqq.*

24. De mutatione monetæ inter diem mutui dati ac restitutionis gravis controversia est, cui illa noceat, debitorine, an creditori, & num idem an vero aliud in intrinseca bonitate, aliud in externo valore mutato statuendum sit? multos sane hac de re ita scripsisse deprehendo, ut post longam disputationem vix, quid velint, assequaris; quod ne & mihi eveniat, quibusdam præmissis cavere annitar. Considerandum itaque, internam nummorum bonitatem mutari, quoties ipsa proba nummorum materia, ex qua fabricantur, aurum, puta vel argentum, in nummis recentioribus minori invenitur pondere seu quantitate, quam in vetustioribus; dum posteriores vel eandem quidem cum prioribus materiæ auri aut argenti puritatem bonitatemque habent, sed levioris ponderis sunt; vel ex adverso idem quidem cum prioribus pondus habent, sed plus æris aut alterius metalli singulis mixtum est; quo per artem separato, minor auri vel argenti puri quantitas deinceps in recentioribus quam antiquis apparet. Sciendum quoque, externam nummorum bonitatem consistere in valore, qui materiæ publice signatæ auctoritate publica imponitur ea mente, ut perpetuus stabilisque sit: quo fit, ut usum dominiumque pecunia non tam ex substantia, quam quantitate præbere intelligatur; imo non amplius corpus, sed sola quantitas & æstimatio illa publica deinceps spectanda sit, *l.* 1. *ff. de contrah. emt. l. si is, cui* 94. §. *sin autem* 1. *ff. de solutionibus*, per quam pecuniæ corpora semel æstimata omnem in posterum aliam respuunt privatam æstimationem, omniaque æstimant, *l. si ita fidejussorem* 42. *ff. de fidejussoribus*. Notandum insuper, mutari quandoque externum ipsius materiæ, id est auri argentique valorem, per usum atque commercia hominum aucto rudis auri aut argenti pretio; & ita quidem, ut non pari proportione surgat utriusque metalli, ex quo nummus constat, æstimatio, sed magis auri, quam argenti, aut vice versa: ex quo deinde necessario augenda quoque venit publica nummorum jam cusorum cudendorumque æstimatio, etsi materia eorum neque melior neque major sit; qua ratione, cum verbi gratia ducatus aureus simplex anno 1595. valeret publice florenis Hollandicis tribus & octo stuferis, Dalerus imperialis argenteus duobus florenis & quinque stuferis, secundum placitum Ordinum generalium anno 1594. 2. *Septembr. vol.* 1. *placitor. Holl. fol.* 2656. per varias mutationes intra dimidiati seculi spatium res eo deducta fuit, ut juxta edictum eorun-

dem Ordinum *anno* 1645. 6. *Martii d. vol.* 1. *pag.* 2892. valor Daleri ascenderit ad duos florenos & decem stuferos, ducati vero aurei ad quatuor florenos stuferosque quindecim; eadem in reliquis aureis argenteisque nummis servata augmenti proportione. Junge Emanuelis Meterani historiam *lib.* 12 *in fine.* Ex quo apparet, argenteæ monetæ valorem nona tantum parte auctum fuisse, aureæ autem amplius, quam quarta parte, quia scilicet minus argenti quam auri infecti pretium creverat commercio mercatorum. Etenim ultimo animadvertendum, ita plerumque in rebuspublicis ac regnis bene constitutis externum valorem nummis auctoritate publica solere, atque etiam oportere imponi, ut cum intrinseca materiæ bonitate conveniat, eique respondeat, seu, ut tanti valeant propter materiam nummi liquefacti ac in rudem auri vel argenti massam redacti, quanti valent signati, deductis solummodo impensis ad pecuniam formandam signandamque factis, et levi alia in majestatis signum publico cessura portione: ac propterea etiam vel in totum interdici usu nummorum, in quibus deprehenditur deficere materiæ bonitas, vel publicam pro rata imminui eorum æstimationem, *l. creditor oblatam* 102. *ff. de solution.* Quibus præmissis, ajo, bonitatem internam et externam nummorum mutatam, ipsamque etiam mutationem valoris metalli seu materiæ, quæ mutationibus superioribus occasionem præbere solet, cedere lucro et damno debitoris, præcipue mutuatarii, ad reddendam pecuniam devincti; sic ut ille, aucto publico nummorum valore, liberari possit, pauciores reddendo, quam mutuos acceperat; eo vero diminuto, plures pro rata restituere teneatur; et si forte ex metallo puriore constantes acceperit, reddere deinde possit alios ex materia viliore per quandam tolerantiam aut conniventiam aut abusum factos, quamdiu nummis illis intrinsecæ bonitatis intuitu vilioribus sua potestas auctoritate publica ademta non est, ipsique vel in totum reprobati vel externo diminuti valore. Confer Christinæum *vol.* 3. *decis.* 1. *num.* 1. Molinæum *de usuris quæst.* 96. *num.* 729. *& seqq.* Neostadium *Curiæ Holl. dec.* 37. Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 18. 19. *& cap.* 14. *num.* 39. 40. 41. Wassenaar *pract. judicieel. cap.* 11. *n.* 102. 103. 104. Responsa Jurisc. Holland. *part.* 2. *consil.* 125. *&* 290. 291. 292. Quarum omnium assertionum fundamentum in præcognitis supra enarratis invenitur; puta, quia pecunia, qua talis, usum dominiumque non tam ex substantia, quam quantitate præbet, quæ quantitas ita auctoritate publica definitur, ut illa sola, et nulla alia, in expendendo, inque commercio inter homines, spectanda sit, *d. l.* 1. *ff. de contrab. emt.* Quod et multis Ordinum generalium circa monetam edictis firmatur; quibus post querelas graves de illis, quorum solertia, artibusque etiam non bonis, surgebat in dies auri argentique rudis æstimatio, profitentur, se ex necessitate crescentis istius valoris invitos compulsos esse ad augendam veterum ac recentiorum nummorum potestatem seu publicum valorem, interdicentes de cetero cum pœnæ comminatione, ne quis eos supra istum lege publica stabilitum valorem expendat, oblatosve acceptet. Ut proinde mirari oporteat, cur Vinnius, postquam ad *princ. Inst. quib. mod. re contrab. obligation.* 11. hanc basin constituisset, in nummo non tam corpus, materiam, numerum, qualitatem, quam potestatem, valorem, publica lege impositum, spectari, mox, in *n. seq.* 12. definierit, si bonitas materiæ intrinseca mutata sit, tempus contractus, si extrinseca, id est, valor impositus, tempus solutionis in solutione facienda debere attendi. Quæ etiam distinctio eo minus ab eo defendi potuit, quod ipse scripsit ibidem, mutata bonitate intrinseca vel extrinseca, atque adeo utrobique, pretia rerum omnium mutari, & pro modo auctæ vel minutæ bonitatis crescere vel decrescere. Id enim si ita sit, par utique externæ & internæ bonitatis mutatæ ratio non patitur tam diversum constitui jus. Et sane (ut nostra plenius firmetur sententia), de bonitate nummorum interna mutata id manifestum est ex *d. l. creditor oblatam* 102. *ff. de solution.* ubi erosa pecunia, id est, nimium æris admixtum habens adeoque intrinseca bonitate laborans, oblata creditori proponitur eo tempore, quo necdum jussa præsidis reprobata erat, nec carpitur facta tunc per debitorem oblatio, sed cum creditor in aliud tempus solutionem differri petiisset, interimque jussu præsidis istud pecuniæ genus, tanquam erosum, sublatum, seu expendi vetitum esset, non creditoris, sed debitoris id damnum esse, a Scævola responsum est. Recensque non absimile non ita pridem in nummis nostratibus argenteis, *Schellingorum* nomine denotatis, exemplum extitit; quippe qui diu publica quadam tolerantia (dum averti non potuit) expensi tanquam sex stuferis nostratibus valentes, etsi constaret, multos recenter cusos non ejusdem cum antiquioribus bonitatis internæ esse, plenissimam debitoribus ipsisque mutuatariis ex probiore numerata pecunia obligatis pepererunt liberationem, donec tandem istiusmodi nummorum valori publica lege pars duodecima detracta fuit. Sed & de mutato valore nummorum externo sententiam nostram usus quotidianus & hoc ipsum recentissimum monetæ *schellingorum* mutatæ exemplum abunde confirmat. Nam cum placuisset, usque ad certum diem tolerandum esse talium nummorum valorem hactenus receptum lex *stuferorum*, post diei illius existentiam illos deinceps tanquam tantum quinque *stuferis* cum dimidio valentes expendi debere, contigit frequentissime, ut, qui ante diem illum centum florenos in *schellingis* acceperant mutuos, lapso illo die schellingos, plane similes illis quos acceperant, vel etiam eosdem forte nec erogatos, eodem numero reddendo liberari non potuerint; sed tot nummorum similium corpora addere numeratis debuerint, quot sufficerent supplendæ diminutioni valoris externi. Vicissim occasione valoris perpetui publica auctoritate aucti ob increscens materiæ seu metalli pretium, ab Ordinibus Generalibus constitutum *anno* 1619. 13. *Febr. vol.* 1. *placitor. pag.* 2774. sortes restituendas & redituum annuorum luitiones faciendas esse, considerato in nummis reddendis valore non ejus temporis, quo forte mutui dati, sed qui publice postea anno 1615. stabilitus fuerat. Quibus similia postea iterum fuerunt cauta 21. *Julii anno* 1622. *artic.* 43. 44. *dict. volum.* 1. *pag.* 2813. Nititurque hoc fundamento gravis eorundem Ordinum sollicitudo, dum ajunt, ob crescens in dies auri ipsius & argenti pretium, crescentemque inde externum nummorum valorem, verendum esse, ne annui reditus, stipendia, aliique simile pro-

ventus nummarii, tandem in nihilum probe redigantur; dicto placito 21. *Julii* 1622. *in præfatione*, & 8. *Martii* 1645. *in præfat.*, *d. vol.* 1. *pag.* 2390. qui metus vanus esset, si totidem nummi, quot accepti, reddendi forent, non obstante valoris externi augmento. Nec adversatur hisce, quod Ordines iidem edicto *anni* 1606. *art.* 18. *d. vol.* 1. *p.* 2677. permittunt, mutuatarium & annui reditus venditorem stipulari posse, ut sibi liceat reditum luere sortemve reddere nummis solutis secundum valorem, qui tempore luitionis auctoritate publica deprehendetur stabilitus; unde citra stipulationem videri posset contrarium servandum esse. Considerandum enim, articulum illum decimum octavum cohærere articulo decimo septimo, quo vetitum fuerat, ne quis ullo modo contractus iniret, nisi considerato valore nummorum per istud edictum stabilito: ne autem quis crederet, Ordines velle, ne unquam alio valore, utcunque post justis ex causis aucto, nummi redderentur, subjunctum fuit, tales stipulationes licitas esse, nec stipulantes ita peccaturos contra præcedentis articuli prohibitionem; quippe id stipulatione agentes, quod & ex jure communi sine stipulatione justum & servandum erat. Quibus consequens est, ut dicamus, posterioribus hujuscemodi Ordinum constitutionibus derogatum fuisse placito Philippi Hisp. Regis, Hollandiæ Comitis, promulgato 5. *Martii* 1571. *d. vol.* 1. *pag.* 1484. in cujus articulo septimo dispositum fuerat, in redituum annuorum luitione solvendos esse nummos secundum valorem, qui probaretur fuisse eo tempore, quo primum reditus constitutus fuit, etsi appareret eum tempore solutionis fuisse auctum. Hæc tamen omnia ita demum obtinent, si nulla ex parte debitoris vel creditoris mora intercesserit. Si enim debitor nummos, necdum diminuto valore sed forte diminutione imminente, creditori legitimo tempore debitoque modo obtulerit, & non acceptos consignaverit ac deposuerit, uti plenissimam inde liberationem haberet, ita & diminutio valoris postea superveniens non ei, sed soli creditori damnosa foret, arg. *l. obsignatione* 9. *C. de solution. l. tutor.* 41. §. *Lucius* 1. *ff. de usuris*. Et vice versa, si creditor solutionem urserit, ac litem contra debitorem ob id contestatus fuerit, pendente autem lite vel post condemnationem, ante solutionem nummorum valor auctoritate publica auctus sit, debitor non obstante valoris augmento nummos aureos argenteosque deinceps solvere compellendus erit, considerato valore illo, non qui nunc auctus est, sed qui tempore litis contestatæ aut latæ sententiæ obtinebat; atque ita non debitori sed creditori augmentum proficiet. Neque enim æquum erat, ut debitori sua mora prodesset, expensis forte nummis post auctum valorem, quos ante augmentum debuisset minoris æstimatos, adeoque numero plures, præstare: & vicissim creditori noceret, qui illos legitimo tempore sine mora solutos secundum valorem minorem, potuisset rursus aucto demum valore erogasse. Neutri sane suam moram prodesse oportere, & alteri nocere, jus certum est, *l. hominem certum* 37. *in fine ff. mandati l. illud sciendum* 17. *ff. de peric. & commodo rei vend.* Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 37. Jacobus Coren *observ.* 16. Groenewegen *in notis ad Grotium libr.* 3. *cap.* 14. *num.* 39. Et hoc ipsum est, quod placito Ordinum Generalium cautum fuit, condemnatis ad solvendum, licet provocantibus, non profuturum externi nummorum valoris augmentum, quod appellatione vel executione pendente supervenisset, 21. *Julii* 1622. *art.* 42. *vol.* 1. *pag.* 2813. Sed &, si ponas, mutuantem nominatim pactum esse, sibi tot restitui ejusdem monetæ nummos, quot mutuo dedisset, veluti centum ducatos aureos in specie (ut ajunt) cum centum numerasset; recte dixeris, neque plures neque pauciores reddendos esse, quam accepti sunt, sive creverit sive decreverit hujusmodi monetæ valor: eo quod mutuans tunc corpora & materiam nummorum potius, quam quantitatem & æstimationem publica lege impositam spectasse intelligitur; quod fieri posse, ex multis juris nostri locis patet, *l. talis scriptura* 30. §. *item si* 6. *l. sed si certos* 51. *l. si servus legatis* 108. §. *qui quinque* 10. *ff. de legatis* 1. *l.* 1. §. *sed & si* 7. *ff. de dote praleg.* Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 10. *numer.* 18. & 19. Vassenaar *pract. judic. cap.* 11. *num.* 103. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 120. 121. & *consil.* 49. Quod si simpliciter id actum sit, ut certa nummorum species reddatur, expresso quoque eorum valore, veluti, *dat het geleende Gelt in Ducaten sal moeten werden gerestitueret, den Ducaat tegens vyf Gulden gerekent*; conventio ista non efficit, quo minus secundum ante dicta plures paucioresve reddantur nummi, quam accepti, prout tempore restitutionis publica talium nummorum æstimatio per legem recentiorem aucta vel diminuta erit: cum valor ille censeri debeat pacto expressus esse tantum ad exclusionem valoris, per usum vulgi præter ac contra edicta publica diminuti auctive, Grotius *manuduct. ad jurispr. Holland. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 39. 40. 41. Vassenaar *pract. judic. cap.* 11. *num.* 104. Responsa Jurisc. Holland. *part.* 2. *consil.* 125. Confer, si libet, de mutatione monetæ varie scribentes ac sentientes Albertum Brunum *tract. de augmento & diminutione monetarum in oceano juris tom.* 12. *pag.* 207. & *seqq.* Molinæum *de usuris quæst.* 96. Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 73. Carpzovium *defin. for. part.* 2. *constit.* 28. *defin.* 4. 5. & *constitut.* 29. *defin.* 5. 6. 7. 8. 9. 10. Jacob. Coren *observ.* 16. Responsa Jurisc. Holland: *part.* 1. *consil.* 216. *part.* 2. *consil.* 125. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 333. *pag.* 669. *par.* 4. *consil.* 33. *part.* 5. *consil.* 80. Ant. Fabrum *Cod. libr.* 8. *tit.* 30. *defin.* 11. Ant. Matthæum *de obligation. disput.* 8. *thesi* 16. 17. 18. Justum Meyereum *Collegio Argentor. ad Pand. h. t. nu.* 30. Fachinæum *controv. libr.* 2. *cap.* 9.

25. Si major alibi, alibi minor eorundem nummorum valor sit, in solutione facienda non tam spectanda potestas pecuniæ, quæ est in loco, in quo contractus celebratus est, quam potius, quæ obtinet in regione illa, in qua contractus implementum faciendum est, arg. *l. unic. C. ubi conveniatur, qui certo loco dare promisit*, *l. ideo* 3. *ff. de eo quod certo loco l. ult. in fine ff. de condict. triticar. l. vinum* 22. *in fine ff. h. t.* eo quod illic contraxisse unusquisque intelligitur, in quo ut solveret, se obligavit, *l. contraxisse* 21. *ff. de oblig. & action. l. at ubi quisque* 3. *in fine ff. de rebus auctor. jud. possid.* Brunnemannus *ad l. unic. C. ubi conven. qui certo loco.* Parens p. m. Paulus Voet *de statutis sect.* 9. *c.* 2. *n.* 15.

26. Non aliter tamen restitutio mutui impetrari potest, quam si probetur illud datum fuisse;

qualis probatio per chirographum fieri potest, quoties illud ab eo, qui scripsisse dicitur, agnitum est; ad quam agnitionem faciendam etiam citari debitor potest, ad eum effectum, ut si citatus prima vice sese non stiterit, adeoque nec scripturæ contradixerit, juris interpretatione, secundum mores nostros agnovisse intelligatur. *Ordonnantie van Justitie binnen de Steden en ten platten Lande van Holland. anno* 1580. *art.* 1. 3. 10. *statut. Ultrajectic. t.* 7. *art.* 6. Merula *praxi libr.* 4. *t.* 37. *cap.* 2. *numer.* 3. quod & ad heredes ejus, qui scripsisse dicitur, & ad viduam *massariam* dictam, nec non ad successores in beneficiis Ecclesiasticis, ac ad collegia circa scripturam abbatum & aliorum præpositorum productum est eatenus, ut de sua credulitate respondere bona fide compellantur, an defuncti scripturam esse putent, nec ne, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 5. *mem.* 6. Parens p. m. Paulus Voet ad *t. Instit. de literar. oblig. n.* 9. vers. *qua duo*, Wassenaar *pract. judic. cap.* 6. *n.* 13. Confer Parladorium *rerum quotid. lib.* 2. *cap. fin. part.* 1. §. 5. *num.* 8. & *seqq.* Imbertum *Instit. for. libr.* 1. *cap.* 29. *in notis lit. a.* Quisquis autem scripturam propriam per mendacium inficiatus fuerit, convictus in duplum condemnandus est, *auth. contra C. de non numerata pecun. statut. Ultraject. t.* 7. *art.* 6. Paulus Voet *d. n.* 9. versu *quod si de moribus*, vel saltem arbitrio judicis pro qualitate delicti mulctandus, Groenewegen ad *d. auth. contra C. de non numer. pecun.*

27. Per testium quoque depositionem probari mutuum, dubium non est, si modo de quantitate eadem mutuo data deponant: nam si unus de quinque, alter de decem, tertius de quindecim datis testetur, fidem plenam facere nequeunt; cum testes singulares sint, ac de diversis numerationum actibus videantur deponere; sic ut hic locum invenire nequeat id, quod de arbitris scriptum, *l. diem proferre* 27. §. *si plures* 3. *ff. de receptis*. Adde Mascardum *de probat. conclus.* 1086. *num.* 15. Quod si de mutui quidem numeratione testimonium testes perhibeant, de quantitate tamen adnumeratæ pecuniæ nihil deponant; jusjurandum actori per judicem de quantitate adnumerata deferendum videtur, eique, si probabiles nonnullæ negotii qualitates concurrant, standum, arg. *l. admonendi* 31. *ff. de jurejurando*, junct. *l. si quando* 9. *C. unde vi*, *l.* 1. §. *si quis argentum* 40. *ff. depositi*, *l. ult.* §. *sin autem* 3. *in fin. C. de jure domin. impetr. novell.* 82. *cap. oportet* 10. *cap. ex literis* 32. *extra*, *de jurejurando*. Parladorius *rer. quotidian. lib.* 2. *cap.* 18. Fachineus *controvers. lib.* 2. *cap.* 21. *q.* 4. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 29. *defin.* 14. Besoldus *delibat. juris ad Pand. h. t. n.* 1. Idemque dicendum, si testis unus de numeratione, alter de numerationis confessione testimonium perhibeat; cum tales, etsi non plenam, quia singulares sunt, plus tamen quam semiplenam probationem faciant, arg. *cap. cum dilectus* 3. *extra, de success. ab intestata*, Mascardus *de probation. conclus.* 1086. *num.* 7. 8. 9. 10. 11. Fachineus *controv. lib.* 2. *cap.* 51. *quæst.* 2. Beslichius *conclus. pract. part.* 1. *conclus.* 38. *n.* 140. 141. Plura de mutui probatione vide apud Malicardum *d. conclus.* 1086. & de litterarum seu scripturæ collatione *novell.* 73. *ibiq. DD.*

28. Ceterum olim quidem in Hollandia, & Ultrajecti, alibique obtinuit vulgatum illud, *eens Rentem altijd Renten*, quod prolixius expositum vide apud Ant. Matthæum *in parœmiis Belgarum juriscons. parœm.* 4. Abr. a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 20. sic ut fortis repetitio post acceptas anni primi usuras, quasi in annuo reditu constituta, in perpetuum impedita esset, neque id effici pactione posset, ut post acceptas semel usuras integra sortis repetitio esset; maxime, si hypothecam in immobilibus pro sortis & usurarum securitate debitor constituisset; adeo ut pupillaribus nummis per tutorem fœnori collocatis id velut privilegium ætati datum fuerit, quod majorennes facti sortis per tutorem collocatæ haberent exactionem, Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 9. *n.* 13. Ant. Matthæus *d. parœmia* 4. *n.* 10. in verb. *enumeremus*, quod & in residuo rerum immobilium pretio, pro cujus solutione tempore solemnis traditionis res ipsa immobilis vendita coram lege loci devincitur, receptum fuit. Ant. Matthæus *d. parœmia* 4. *num.* 14. (revera) *num.* 10. vers. *tertio; excipienda*, & forte aliis paucis in casibus in ejusdem parœmiæ interpretatione, & apud Wesel ad *d. art.* 20. recensitis. Sed postea generaliter Hollandis placuit, conventionem servandam esse, qua id actum fuit, ut mutui, etiam usurarii repetitio post acceptas repetitis vicibus usuras pignusque immobile constitutum libera ac permissa sit. Ultrajecti vero ex novella decisione *anni* 1659. *d. art.* 20. ita jus esse cœpit, ut in simplici mutuo usurario promiscue, sine usurarum distinctione, sortis repetendæ potestas ex pacto sit; at in eo, quod hypotheca immobilium munitum est, ita demum, si usuræ pendantur quincuncibus minores; quas tamen si mutuatarius usque ad quincunces augere velit, perenni usurarum solutione defungi potest, & sortis restitutionem declinare.

29. Qua posita statutorum diversitate, si quæratur cujus loci leges spectandæ sint in quæstione, utrum mutuum post acceptas usuras repeti possit, nec ne; dicendum est, in simplici quidem mutuo locum contractus inspici oportere, qualis est etiam ille in quem solutio destinata est; ut alibi dictum, arg. *l. quæro* 100. *ff. de solution.* junct. *l. contraxisse* 21. *ff. de oblig. & act.* Ant. Matthæum *de auction. lib.* 2. *cap.* 4. *n.* 34. & *in parœmiis Belgar. jurisc. parœm.* 4. *num. ult.* parens p. m. Paulus Voet *de statutis sect.* 9. *cap.* 2. *num.* 10. 11. 12. etsi tunc debitor in loco, aliis juribus utente, commoretur, aut post contractum mutui eo migraverit, cum initium contractus cujusque attendendum sit, arg. *l. pretii* 9. *C. de rescind. vend. l. quid ergo* 13. *pr. ff. de his, qui not. infam.* Ast, ubi pro mutuo res immobilis solemniter coram lege loci pignori oblata fuit, verius est, inspici oportere leges loci, in quo immobilia, hypothecæ vinculo affecta, sita sunt; eo quod tralatitium est, immobilia secundum leges loci, in quo existunt, regi. Quibus consentaneum fuerit, frustra Hollandum stipulari restitutionem sortis sub usuris quincuncibus & hypotheca immobilium in Ultrajectino solo jacentium; recte Ultrajectinum ita pacisci ab Hollando, pro mutuo prædia Hollandica solemniter devinciente. Ant. Matthæus *d. parœm.* 4. *num. ult.* Rodenburch *de jure conjugum, in tract. præliminari de statutorum divers. t.* 4. *part. altera cap.* 2. *n.* 7. *p.* 160.

30. Præter verum mutuum etiam aliud præsumtum est; cum quis chirographo confessus est, se mutuam accepisse pecuniam spe futuræ numerationis, quæ tamen secuta non est. Quale negotii genus improprie admodum nec satis accurate nomine *obligationis literarum* resignatum fuit. Qui enim, obsecro, literarum obligationem dicere jure possis, ubi jure singulari scriptura initio inspecto longe minorem habet vim, quam in ulla alia juris parte? Fiunt sane scripturæ, ut, quod actum est, facilius probari possit, teste Gajo *l. contrahitur*, 4. *ff. de pignor. & hyp. l. in re* 4. *ff. de fide instrum.* unde & in probatione facienda eandem vim obtinere dicitur tam fides instrumentorum, quam testium depositiones, *l. in exercendis* 15. *C. de fide instrum.* militatque vulgo pro scriptura præsumtio veritatis, si scriptum sit, rem certo pretio fuisse venditam, per Titium Mævio stipulanti promissam, fidejussionem aut aliam conventionem fuisse interpositam, sic ut ad inficias ire cupiens contra scripturam, probationis onere gravandus sit, §. *item verborum* 12. *Instit. de inutil. stipul. l. optimam* 14. *Cod. de contrab. & committ. stipul.* §. *ult. Inst. de fidejussor.* Sola est sic dicta literarum obligatio, in qua scriptura omni probandi efficacia ab initio sic destituta est, ut is, qui sibi numeratum esse scriptura sua profitetur, sola inficiatione sua biennio toto enervare queat confessionem suam scripto emissam, & perimere omnem, quæ videri posset pro scripturæ veritate subesse, præsumtionem, neque quicquam consequi ex scriptura possit actor; nisi aliunde probet, numerationem factam esse, *l. si ex cautione* 3. *C. de non numerata pecunia.* Et hinc neque Gajus neque Ulpianus ex professo de contractuum speciebus agentes, ullam literarum fecerunt mentionem, trium, puta, re, verbis & consensu constantium contractuum enumeratione contenti, *l.* 1. §. 1. *ff. de oblig. & act. l.* 1. §. *pen. ff. de pactis.* Neque quicquam, quod astrueret literarum obligationem, occurrit in Pauli responso in *l. non figura* 38. *ff. de oblig. & act.* cum ibi tantum describat modos, quibus consensus exprimi potest, quod fit vel voce vel scripto; vel expresse vel tacite rebus ipsis & factis, *l. de quibus* 32. §. 1. *ff. de legibus*, quo modo & Modestinus dixit societatem & re & verbis coiri posse, *l. societatem* 4. *ff. pro socio*, et ipse quoque Paulus de emtione disserens, ait, eam consensu contrahi, ideoque & *inter absentes & per nuncium & per literas*, *l.* 1. §. *ult. ff. de contrab. empt.* Nec est, quod quis existimet, non ab initio quidem, sed tamen lapso biennio, literarum obligationem nasci. Sic enim dies esset obligationis introducendæ modus; cum tamen in obligationibus in diem ita jus sit, ut, non ex die apposito, sed statim ab initio nascatur obligatio ac dies cedat, §. *omnis stipulatio* 2. *Inst. de verbor. obligat.* adeoque dies, uti non finiendæ, ita nec introducendæ obligationis modus esse possit. Ne dicam, in universum sine temporis distinctione rescriptum esse, *scripturam, qua cautum est, accepta, quæ negas tradita, obligare te contra fidem veritatis non potuisse*, *l. neque scriptura* 6. *Cod. de compensat.* quod verum non esset, si lapso biennio scriptura sola adipisceretur obligandi vim. Quin potius biennii lapsus id unum operatur, quod tunc scriptura, quæ hactenus biennio toto caruerat probandi vi, nunc in posterum incipiat eandem fidem facere, quam ab initio facit, si in stipulatione, venditione aliisque similibus adhibita sit; atque ita probandi onere post biennium gravet scribentem, qui ante biennium nihil ipse tenebatur probare, sed absolvendus erat, actore numerationem non docente. Quo sensu rescriptum fuit in *l. si sub specie* 3. *C. de postulando*, scribentem posse *usitato more* chirographum condicere, si *temporis spatio gesto negotio consensum ac fidem non accommodaverit*, dicitur enim *usitato more*, quatenus condicens intra biennium nihil ipse probare tenetur; non magis, quam si non numeratæ pecuniæ objiceret exceptionem; at lapso biennio condictio *usitato more* non competebat, qui lapso illo spatio *consensus negotio ac fides accommodata* censebatur: dum scripturæ jam major incipiebat constare auctoritas, & ea, ut alias, ita & hic, probationem atque ita fidem faciebat negotio, quod illud sic gestum sit: quæ tamen fidei præsumtio, pro scripturæ veritate militans, contrariis semper probationibus secundum juris communis regulas enervari potest. Juvatque hanc nostram sententiam, quod secundum Theophilum in *t. Inst. de literarum obligatione*, & Rævardum plenius illa illustrantem *lib.* 3. *variorum cap.* 1. non modo mutui, sed & alterius cujuscunque debiti (veluti ex empto locato stipulatione) confessio per scripturam solemniter facta, cœperit dici literarum obligatio: ut proinde olim numeratæ pecuniæ confessio a debiti alterius cujuscunque confessione non fuerit diversa scripturæ intuitu; jure posteriore in eo distet, quod toto biennio minorem fidem faciat scriptura de mutui numeratione, quam de quavis alia conventione concepta.

31. Quod si ergo ex scripta mutui confessione quis conveniatur, quod tamen numeratum non est, tueri sese potest exceptione non numeratæ pecuniæ; sive nullo modo numeratio subsecuta sit, sive cum minor quantitas numerata esset, de majore fuerit cautio data, *l. minorem* 2. & *tot. t. C. de non num. pecun. t. de Inst. de literar. oblig.* Quæ exceptio non modo in rem est, heredibus proficiens et fidejussoribus, *l. si intra* 8. *l. tam mandatori* 12. *C. de non n. pecun.* sed et, si intra biennium a tempore chirographi conscripti computandum opposita fuerit, privilegiata; onus quippe probandi rejiciens in actorem, qui numerationem dicit secutam esse, *l. si ex cautione* 3. *l. observatio* 10. *C. de non numerata pecun.* cum alioquin reus excipiendo actor fiat, suamque teneatur probare exceptionem, *l.* 1. *ff. de exception. l. si quidem* 9. *C. eod. t.* Sed si is, qui chirographum possideat, intra biennium ex eo non experiatur, sic ut exceptio opponi nequeat non agenti, chirographum ipsum intra biennium per eum, qui scripsit, heredemve ejus condici potest condictione sine causa, vel causa data, causa non secuta, si modo præsens sit possessor ejus, *l. ult. C. de condict. ex lege*, *l. si sub specie* 3. *C. de postulando.* Sin absens sit aut latitet, ac propterea actionibus istis conveniri nequeat, adversus eum id ipsum apud judicem aut alias solemniter in querimoniam deducendum est; quo facto, perpetua redditur hæc privilegiata exceptio, sic ut actori quandocunque deinceps agenti impositum duret onus probandi, numerationem vere secutam esse, *l. si intra* 8. *l. in contractibus* 14. §. *in omni C. de non numerata pecun.*

32. Cessat tamen exceptio hæc, si quis argentario

scripserit, seu confessus sit, sibi numeratum esse, *novel.* 136. *cap. insuper de hoc* 5. & 6. aut confessio facta sit ex causa antecedentis debiti; vel si pro antecedente debito pignus non eodem, sed alio tempore constitutum sit; quippe quibus in casibus confessus ipse tenetur probare, sibi pecuniam non esse numeratam, atque ita non privilegiatam, sed nudam sine privilegio habiturus est non numeratæ pecuniæ exceptionem, *l. adversus* 5. *l. generaliter* 13. *C. de non num. pecunia.* Secus, quam obtineret, si eodem tempore, eademque scriptura & numerationis confessionem faciat, & pignus constituat; tunc enim nihilominus privilegium exceptioni cohærens salvum est, *l. si ex cautione* 3. *C. de non num. pec.* Quin &, si quis jam solverit partem debiti scriptura comprehensi vel usuras ejus, exceptione hac privilegiata tueri sese nequit, quo minus & reliquam deinceps exsolvat; cum tarda nimis sit de non numeratis pecuniis querela adversus jam agnitam solutione cautionem, *l. cum fidem* 4. *C. de non num. pecun.* Idemque est, si super ea pecunia, quæ dicebatur non esse numerata, transactio facta sit, ac postea is, qui transactionis causa quid dedit promisitve, excipere vellet, illud super quo transactum fuit, nunquam numeratum fuisse, seu nullam veram subfuisse debiti caussm, *l. si transactionis* 11. *C. de non num. pecun.* junct. *l. in summa* 65. *§. & quidem* 1. *ff. de condict. indeb.* Non etiam locum habet in confessione depositi; nec in apochis publicarum functionum, plane adversus apochas de debitis privatis exsolutis conscriptas, intra triginta dies proximos exceptio hæc salva est, *l. in contractibus* 14. *§.* 1. 2. *C. de non n. pecun.* Neostadius *Curiæ sup. decis.* 4. Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *t.* 11. *defin.* 1. Ant. Faber *Cod. libr.* 4. *t.* 22. *defin.* 6. Zangerus *de exception. part.* 3. *cap.* 14. *numer.* 25. & *seqq.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 29. *defin.* 19. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 74. *num.* 7.

33. An autem biennio elapso, & neque querimonia facta, neque chirographo condicto, deinceps exceptione non numeratæ pecuniæ tueri se scriptor possit, si ipse probandi onus in se suscipiat, non adeo expeditum est. Vinnius quidem omne omnino adjutorium scriptori post biennium negat, etsi probare parato, *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 41. Sed vix est, ut cum æquitatis ratione aut juris nostri fundamentis opinio ista concilietur: ac proinde rectius simplicem illam non numeratæ pecuniæ exceptionem, qua excipiens sese exceptionis suæ probationem subire compellitur, post biennium admiseris. Etenim primo quidem nullum facile negaturum putem, quin ante introductam hanc specificam & privilegiatam biennalem exceptionem, ei, qui conveniebatur ex chirographo continente confessionem numerationis, quæ secuta non est, liberum fuerit ex generali juris, & æquitatis ratione sese defendere per oppositam doli exceptionem, dum dolo non caret, qui tanquam ex mutuo numeratum repetit, quod vere numeratum non esse, reus docet, *l. palam* 2. *§. circa primam* 3. *ff. de doli mali & metus except.* junct. *§. idem juris est* 2. *Instit. de exceptionibus*, qualis doli exceptio secundum suam propriam naturam æstimata, non temporalis sed perpetua est, *l. pure mihi* 5. *§. ult. ff. de doli mali & metus except.* Huic ergo doli exceptioni cum postea adjungeretur non numeratæ pecuniæ exceptio privilegiata, quæ intra biennium opposita onus probandi ab excipiente avertebat, ac transferebat in actorem, verum quidem est, ipsam quoque doli exceptionem cum non numeratæ pecuniæ exceptione concurrentem, inter biennium æque privilegiatam affectam esse, & probandi necessitatem in actorem rejecisse, *l. si ex cautione* 3. *C. de non numer. pecun.* cum alioquin is, qui dolum allegat, licet in exceptione, dolum admissum probare debeat, *l. quotiens* 18. *§. qui dolo* 1. *ff. de probation.* sed tamen & verum fuit, eo ipso neque ablatam neque sublatam fuisse per superadditum aliquod biennale privilegium communem illam sive doli sive non numeratæ pecuniæ exceptionem, quæ jam ante privilegium illud nota erat, ac ex generalibus juris fundamentis opponi poterat, sed magis per biennii lapsum ad jus commune, quo onus probandi exceptionem excipientem gravat, rem totam rediisse; ne alioquin eveniret, id, quod in alicujus commodum ac favorem inventum est, torqueri in ipsius dispendium, contra manifestas legum regulas propositas in *l. quod favore* 6. *C. de legibus*, *l. nulla juris* 25. *ff. de legibus*, *l. ult. in med. C. de præpositis agentium in rebus*, aut agenti ex chirographo, numerationem falsam continente, suus dolus per occasionem juris civilis contra naturalem æquitatem prodesset, quod fieri non debere Paulus monuit, *l.* 1. *§.* 1. *ff. de doli mali & met. except.* Aut lapsus biennii plus adimeret scriptori chirographi, quam biennium ei ab initio dedit; dedit scilicet biennium ei non exceptionem doli, sed liberationem a probandi necessitate, secundum ante dicta; ac proinde lapsu illo solam interire liberationem ab onere probandi, necesse est, salva manente post biennium vulgata doli exceptione, quæ ante ullam de biennio determinationem a lege factam, nota, & scriptori chirographi accommodata fuit; atque ita in casu hactenus haud dissimili argumentatur Imperator Justinianus in *l. pluris* 19. *in fine C. de fide instrumentorum.* Deinde rescriptum fuit aperte satis ac generaliter, *scripturam, qua cautum est, accepta quæ negas tradita, obligare te contra fidem veritatis non potuisse*, *l. neque scriptura* 6. *C. de compensation.* quod tamen contingeret, si post biennium omnis etiam non privilegiata quiesceret exceptio sive doli, sive pecuniæ non numeratæ. Absurdum denique foret, & rationi contrarium, denegari cuiquam post tempus naturalem defensionem in doli vel non numeratæ pecuniæ ordinaria exceptione consistentem, qua non aliud intendit excipiens, quam ut extra damnum sit, nec adigatur ad restitutionem ejus, quod nunquam accepit. Etenim si in jure probatum sit, ipsam metus & doli actionem (quarum illa regulariter intra quadriennium, hæc intra biennium intentanda est secundum juris principia) perpetuo durare, quoties non nisi ad indemnitatem his actionibus actor contendit, & adversarius de lucro captando, seu re, quam injuste per metum dolumve possidet, retinenda; adeo ut & heredes eorum, qui metum aut dolum fecerunt, in perpetuum conveniri possint, quatenus possident, nec ullo tempore prætor rata habeat, quæ dolo vel metu gesta sunt, *l. in heredem* 26. 27. 28. 29. *ff. de dolo*, *l. quod autem* 19. *l.* 20. *l.* 21. *§. quod metus* 1. *ff. quod metus causa;* quonam, obsecro, colore doli exceptio post biennium denegari potuerit ei, qui de

damno evitando sollicitus, id unum excipiendo efficere vult, ne sua cum jactura possessor chirographi per dolum locupletetur; maxime si consideres, leges facilius exceptiones solere quam actiones indulgere, ac reis magis quam actoribus favere.

32. Nec est, quod quis cum Vinnio *d. lib.* 1. *cap.* 41. *select. quaest.* effugium quaerat, quasi regula de exceptionibus in perpetuum dandis tradita in *d. l.* 5. §. *ult. de doli mali & metus except.* ad illas non pertineret, quae etiam ultro a debitore per modum actionis proponi possunt. Neque enim vel lege vel exemplo satis certo ac idoneo limitatio illa atque restrictio regulae firmatur; atque insuper redarguitur manifesto per metus exceptionem, doli exceptioni affinem plane, quae perpetuo opponi potest, etsi is, qui metum passus est, etiam per actionem quod metus causa intra quadriennium securitatem sibi superare potuisset adversus negotium metu gestum, etiam adhuc imperfectum; ac nominatim in casu quo chirographum fuerat per metum extortum; (uti nostro in casu per dolum & simulatum numerationis apparatum aut factam spem) *l. metum autem* 9. §. *sed quod* 3. *ff. quod metus causa*. Leve utique est, quod inofficiosi querela Vinnius istam suam restrictionem stabilitum it, asserens, etiam intra quinquennium querelam per modum contradictionis seu exceptionis inducendam esse, quoties filius exheredatus in hereditatis possessione est, *l. Papinianus* 8. §. *si filius* 13. *ff. de inoff. testam.* cum tamen nulla quinquennii istius in d. lege mentio sit; & perperam id petatur ex verbis *quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret*; quippe quibus non temporis intuitu comparatio inter inofficiosi exceptionem & actionem denotatur, sed id unum, quod is, qui hereditatem possidet, tueri se possit inofficiosi exceptione & ita hereditatem sibi defendere; quo modo id etiam assertum fuit in *l. permittendum* 8. *ff. si pars hered. pet.* Neque verum est, ejus, quod exceptiones perpetuo dentur, hanc solam rationem esse, quod actores quidem in sua potestate habeant, quando utantur jure suo; is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur, juxta *d. l.* 5. §. *ult. ff. de doli mali & met. except.* cum & alia sit; quod nempe nec infamantes sint exceptiones, uti quidem actiones, ac nominatim doli actio; adeoque etiam minus odiosae. Frustra quoque obtenditur, puniri oportere insignem negligentiam ejus, qui, cum repetere posset chirographum, aut de pecunia non numerata querimoniam interponere, toto biennio in eo cessavit. Cum utique neque omnis negligentia punienda sit, neque extra omnem poenam haereat, qui numerationem confessus, intra biennium de ea non secuta conquestus non est; dum privilegiata destituitur exceptione, ac onere probandi gravatur. Et sane, si ob id, quod quis temporalem habens actionem, nec intra tempus praefinitum agens, mox etiam exceptione ex eadem causa descendente privandus esset; sequeretur, eum quoque, qui eadem ex causa temporalem aliam, aliam perpetuam actionem habet, actione perpetua destituendum esse, ubi agere neglexit intra tempora actioni alteri temporali praefinita; quod quantopere in ipsa incurrat juris initia, notius est, quam ut adstructione indigeat. Sed nec illud movere quemdam debet, quod post biennium scriptor chirographi probare non potest, numerationem subsecutam non esse, quia factum negantis naturali ratione probatio nulla est, *l. asseveratio* 10. *C. de non num. pecun. l. actor* 23. *C. de probation.* praesertim cum post biennium etiam jurisjurandi delationem de pecunia non numerata videamus reprobatam *l. in contractibus* 14. §. *illo illo* 3. *C. de non numerat. pecun. novell.* 136. *cap. in illa utique* 6. *circa fin.* Etsi enim verum sit, difficilem saepe esse numerationis non secutae probationem, sic ut reo non tam jus quam probatio deficiat, ut Paulus ait *l. duo sunt Titii* 30. *ff. de testam. tut.* atque fateri oporteat, naturali ratione & directo per instrumenta vel testes probari non posse facti negationem; tamen per indirectum testibus aut instrumentis fieri probationes novum non est; uti id apparet in stipulatione, quam promissor negat interpositam, §. *item verborum* 12. *Instit. de inutil. stipul. l. optimam* 14. *C. de contrah. & committ. Stipul.* indebiti condictione, qua actori incumbit docere indebitum fuisse quod solutum est, *l. cum de indebito* 25. *in pr. ff. de probation.* ac denique in eo ipso, qui cautionem debiti causam continentem (qualis in nostro casu est numeratio) emisit, quem suae stare oportere Paulus scripsit, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, se haec indebite promisisse *d. l.* 25. §. *ult. ff. de probation.* quod & totidem prope verbis a Justino Imperatore repetitum, *l. generaliter* 13. *C. de non num. pecun.* Ex quibus etiam intelligi potest, quam non stringat satis argumentum a denegata post biennium jurisjurandi delatione desumtum ex *d. l.* 14. §. 3. *C. de non num. pec.* Verum enim non esse, quod jurisjurandi prohibita delatione, alia omnis probatio deficeret vel interdicta videretur, vel inde manifestum est, quod & Paulus in *d. l.* 25. §. *ult.* & Justinus in *d. l.* 13. desiderantes probationem *scriptis insertam*, *in scriptis habitam*, eo ipso monstrarunt satis, jurisjurandi delationi non debuisse locum fieri, nec tamen ideo omnem aliam probandi viam fuisse praeclusam. Nec mirum adeo, ad probationem jurejurando faciendam aditum reo post biennium non patuisse, si quis consideret, illud probationis genus extraordinarium ac subsidiarium esse, nec carere quadam duritie, quod quis delato sibi jurejurando prodere sese compellatur, & adversario arma contra se subministrare. Ne nunc dicam, vel ipsam illam jurisjurandi deferendi prohibitionem nominatim adeo a Justiniano in *d. l.* 14. §. 3. *C. de non num. pec.* propositam, argumento esse posse quod post biennium exceptio sive doli sive non numeratae pecuniae opponi potuit, si modo reus probationes habeat. Si enim id non liceret, inanis sane esset Imperatoris admonitio de jurejurando post biennium ad probandam non numeratae pecuniae exceptionem non admittendo: cum posita exceptionis ipsius denegatione frustra disputetur & inquiratur, quo probandi genere uti liceat, vel non uti, ad firmandam exceptionem nullo casu admittendam. Quod vero toties legitur, post biennium non dari non numeratae pecuniae exceptionem, debitorem post biennium, omnino solvere compellendum, quod praecipuum dissidentium fundamentum est, *l.* 1. *l.* 14. *& passim in tit. C. de non num. pecun. tit. Instit. de literar. oblig.* id in d. ll. non nisi cum relatione ad privilegiatam exceptionem, biennio coarctatam, scriptum est, in quantum

post biennium, & debitor secundum scripturæ fidem præsumitur; & condemnandus est, etsi numerationem actor ultra non probet; cum intra biennium objecta non numeratæ pecuniæ exceptione reus, etiam nihil probans, non esset compellendus solvere, sed absolutio deberet sequi, quoties actor numerationem non probasset, *l. si ex cautione* 3. *C. eod tit.* Sed id non impedit, quo minus reo, cui ista privilegiata exceptio jam periit, aliis defensionibus quibuscunque uti liceat ex jure communi, interque eas etiam vulgata doli aut non numeratæ pecuniæ exceptione. Simile de confessionis auctoritate & efficacia, quæ etiam in adversum adduci solet, judicium esto; quod enim Ulpianus ait, *post rem judicatam, vel jurejurando decisam, vel confessionem in jure factam nihil quæri, quia in jure confessi pro judicatis habentur*, *l. post rem* 56. *ff. de re judicata*; id primo quidem de sola confessione in jure facta asseritur, qualis non est hæc nostra chirographo contenta. Sed & secundo ipsam illam confessionem in jure factam non tantæ auctoritatis esse, quin in contrarium probationem admittat, idem Ulpianus egregie docet in *l. inde Neratius* 23. *ff. ult. l.* 25. *ff. ad leg. Aquil.* cum ait, *si quis hominem vivum falso confiteatur occidisse, & postea paratus sit ostendere hominem vivum esse, Julianus scribit, cessare Aquiliam, quamvis confessus sit, se occidisse: hoc enim solum remittere actori confessoriam actionem, ne necesse habeat docere, eum occidisse*, & merito *non enim fateri censetur qui errat, nisi jus ignoravit*, auctore eodem Ulpiano *l.* 2. *ff. de confessis.*

35. Uti autem hæc sententia frequentiore interpretum consensu recepta fuit, ita & moribus hodiernis (si forte Frisiam excipias) probata; adeo ut existiment, etiam statim ab initio onus probandi incumbere neganti numerationem factam esse, quoties chirographo ac numerationis confessioni subjecit exceptionis hujus renunciationem; cui tamen ad probationem faciendam succursum hactenus, ut & ante post biennii lapsum aliis destitutus probandi modis ad jurisjurandi delationem admittatur, Sande *dec. Frisic lib.* 1. *tit.* 11. *defin.* & *lib.* 3. *tit.* 2. *defin.* 1. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 22. *defin.* 7. & *in not.* Radelantius *Curiæ Ultraject. decis.* 49. Menochius *de præsumt. lib.* 3. *præs.* 145. Groenewegen *ad rubric. C. de non numer. pecun.* & *ad Grotii manuduct. jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 3. 4. Vinnius *d. lib.* 1. *select. quæst. cap.* 41. *in fine*, Parens p. m. Paulus Voet ad *tit. Instit. de literar. oblig. nu.* 10. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 200. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 14. *nu.* 5. 6. Joh. Decherus *lib.* 1. *dissert.* 6. *num.* 4.

TITULUS II.

De Jurejurando sive Voluntario, sive Necessario, sive Judiciali.

SUMMARIA.

1. *Quid sit jusjurandum? quid jusjurandum corporaliter præstitum? & an procurator mandato instructus jurare possit in animam domini, secundum jus civile, canonicum & hodiernum?*
2. *Per Deum jurari debet; de jurejurando improbatæ religionis præstito, vel delato, de jurejurando per caput, per salutem suam, aut liberorum aut Principis, & de pejerante per Principis venerationem, ac ob id majestatis crimen non committente; de assertione solemni anabaptistarum, quæ jurisjurandi loco est.*
3. *Ubi plura inveniantur de veteri more rituque jurandi, remissive.*
4. *De jurejurando promissorio; illud conventionibus appositum secundum jus civile sequi naturam actus, qui apponitur.*
5. *An, & quatenus jusjurandum promissorium jure Canonico ac moribus servandum sit; maxime, si opponatur negotiis, qua lege vel consuetudine reprobata & vetita sunt? Quid si jusjurandum dolo vel metu interveniente interpositum sit? & de laxatione jurisjurandi per magistratum.*
6. *Si jusjurandum sit appositum actui, qui mere dependebat a voluntate jurantis, & jurans contra primum actum venerit, actus secundus juramento contrarius ratus erit, jure etiam canonico, & qui testamento apposuit jusjurandum de eo non revocando, si tamen postea revocet, postrema voluntas effectum habet.*
7. *Quid sit jusjurandum assertorium in genere? quid voluntarium, judiciale, necessarium?*
8. *Qui possint vel non possint deferre voluntarium & judiciale; ubi de tutoribus ac curatoribus, & an hi decreto indigeant? item de procuratoribus, civitatum defensoribus, magistris societatum, uno ex pluribus heredibus, pupillis, prodigis, post biennium exceptione non numeratæ pecuniæ utentibus, jusjurandum semel a se delatum revocantibus, servis & filii fam. deque minoribus, & infamibus.*
9. *Quibus deferatur? an & quatenus impuberibus, servis, heredibus, procuratoribus & defensoribus?*
10. *Delatio jurisjurandi locum habet in actionibus civilibus in rem & in personam, sive rei persecutoriis sive pœnalibus & infamantibus. An & in actione injuriarum? An in popularibus? an in quæstione, utrum mulier prægnans sit, aut an nuptiæ vel sponsalia intercesserint? An in criminalibus; an hodie in causis infamantibus?*
11. *An deferri possit ab actore vel reo post testimoniorum publicationem, & probationum ulteriorum renunciationem?*
12. *An delatio fieri possit per eum, qui in se recepit probationem; quive nihil omnino ex suo latere probavit?*
13. *Delatum ab eo, qui de calumnia juravit, præstandum aut referendum ea forma, qua delatum, nisi aliud ex causa judex arbitretur; nec opus, ut referens de calumnia juret. Si tutor detulerit, relatum sibi præstare tenetur.*
14. *Referri nequit, sed præstandum, si is, cui delatum, illud jam acceptaverit, vel solus aut melius sciat id, de quo jurandum.*
15. *Nec præstandum nec referendum, quod delatum, si deferens de calumnia jurare nolit; vel delatio aliqua ex parte vitio laboret; vel jam plene per eum, cui defertur, probatum sit: vel is plenam offerat per instrumenta aut testes probationem.*
16. *Qui jusjurandum delatum nec præstare nec referre vult, victus, recedit; sed appellare potest. An, cui delatum, possit petere dilationem ad de-*

liberandum? An is, qui detulit, delatum, sed necdum præstitum revocare possit? an is, qui expresse vel tacite recusavit, alterutrum facere, postea ex pœnitentia possit præstare vel referre?

17. *Reo jurante, datur ei exceptio jurisjurandi quandoque utilis rei judicatæ.*

18. *Actori juranti datur actio in factum ex jurejurando, vel judicati, perpetua, & in simplum; licet negotium, de quo juratum ex inficiatione in duplum sit. Non est nova actio, sed adjectitia qualitas alterius actionis in rem vel personam, cujus & naturam imitatur; nec novationem continet.*

19. *Jusjurandum juranti etiam nocet, ut conveniri possit ex negotio, quod intercessisse jurat; quod exemplis docetur.*

20. *Jusjurandum aliis, quam inter quos est præstitum, neque nocet neque prodest; quod exemplis probatur.*

21. *An jusjurandum debitoris principalis prosit fidejussori, & vice versa? an jusjurandum unius rei debendi prosit alteri debendi reo? An delatum ab uno credendi reo, & per debitorem præstitum, noceat alteri reo credendi agere volenti? an vice versa, quod unus debendi reus detulit præstitum ab adversario, noceat alteri debendi reo?*

22. *Jurisjurandum strictam recipit interpretationem, ne extendatur ultra rem aut casum, de quo juratum est. Quid juris, si alia actio intentetur, sed qua quæstio eadem ventilatur, quæ in actione priore, in qua juratum est.*

23. *Pro præstito babetur jusjurandum, quod ab eo, qui detulit, remissum est ei, qui illud jam susceperat. Quid intersit inter remissionem jurisjurandi adbuc præstandi, & ejus quod jam præstitum est?*

24. *Habetur & pro præstito, si is, qui illud sibi delatum aut relatum susceperat, mortuus sit, antequam præstaret; secus si præstare recusaverit.*

25. *Jusjurandum voluntarium & judiciale præstitum non potest rescindi per appellationem, nec propter instrumenta noviter reperta, nec perjurii prætextu, cujus ratio & restrictio explicatur. Monstratur in omni delatione vel relatione jurisjurandi tacitam conventionem esse.*

26. *Recensentur plures casus ac causæ, quibus jusjurandum voluntarium ac judiciale jam præstitum effectu caret.*

27. *Jusjurandum necessarium plenius explicatur. In quibus causis locum babeat? an in criminalibus? an bodie in infamantibus? An si ex crimine tantum civiliter agatur ad pœnam pecuniariam? An & in actione injuriarum ad pœnam pecuniariam aut palinodiam? An & in causis fraudati census & impositionum publicarum?*

28. *Quando causa dicenda sit* dubia, *ut judex jusjurandum deferre possit?*

29. *Deferre potest judex jusjurandum, licet neuter litigantium id petat, etiam post conclusionem in causa. Arbitrio judicis relinquendum, an illud actori, an reo, deferri debeat. Quibus in casibus suppletorium jusjurandum deferri nequeat? non ad probandam præscriptionem, aut consuetudinem, aut sanguinis proximitatem, nec ad supplendum solemnitatum defectum.*

30. *Præstandum ea forma, qua delatum, citata adversa parte. Nec referri potest, ac judicandum contra eum, qui jurare detrectat; appellari tamen a condemnatione potest, & peti rescissio jurisjurandi propter instrumenta noviter reperta.*

31. *Moribus hodiernis jusjurandum a parte parti delatum non præstatur, nec quisquam præstare vel referre cogitur, nisi interveniat judicis decretum. Nec tamen ideo omne jusjurandum, quantum ad effectus, necessarium est.*

32. *Quæ sit perjurii pœna jure Romano, ac moribus? an pœnis gravioribus afficiendi, qui tantum ad pejerandum se paratos professi sunt; aut errore pejerarunt; & ex quibus præsumi possit, dolum a perjurio abfuisse.*

1. MAximum litium expediendarum remedium in usum venit, jurisjurandi religio, quia vel ex pactione ipsorum litigantium, vel ex auctoritate judicis, deciduntur controversiæ *l.* 1. *ff. h. t.* sed, cum & aliis modis utilitatem usumque præbeat, operæ pretium videtur, paulo altius hanc rem repetere. Jusjurandum in genere nihil aliud est, quam religiosa veritatis affirmatio, seu invocatio divini Nominis in testimonium veritatis (ita dictum, quasi Jovis jurandum) *l. si quis major* 41. *C. de transaction.* ad quod præstandum admittendi qui, quid agant, intelligunt: præcipue quidem in sua anima; quo casu jusjurandum forte dictum fuit *corporaliter præstitum,* arg. *l.* 1. *C. si advers. vendit. l. si alterius* 3. *in fin. C. si minor se majorem dix.* nisi magis placeat, *corporaliter præstitum* ad oppositionem ejus, quod tantum scripto comprehensum erat, denominari *d. l.* 3. Neque enim probare satis queo illorum opinionem, qui per jusjurandum corporaliter præstitum denotant illud, quod tactis sacrosanctis Evangeliis interpositum est; cum ejus mentio sit etiam in *d. l.* 1. *C. si advers. vendit.* cujus auctor est Alexander Severus & in *d. l.* 3. *C. si minor se majorem,* quæ scripta a Diocletiano ac Maximiniano, qui omnes Christianorum, uti sacra, sic & Evangelia non tanti fecerunt, ut iis tactis jurari voluissent. In anima tamen alterius jusjurandum præstari, non prorsus improbatum est: qua ratione procuratores speciali mandato instructos domini mandantis nomine ac periculo jurare permissum fuit, arg. *l. nam postquam* 9. §. *pen. ff. h. t.* Narratque Livius, datum fuisse Lucium Valerium Flaccum, qui pro fratre Cajo Valerio Flacco juraret, ac plebiscitum factum, ut perinde esset, ac si ipse Cajus jurasset, *lib.* 31. *cap. ult.* Nam quamvis verum sit, neminem de alieno suo facto, jurare compellendum, ac ne heredem quidem de facto defuncti, *l. Marcellus* 11. §. *jurare* 2. *ff. de act. rer. amot.* atque insuper gravem visum fuerit, aliquem gestorum ignarum sub alieni compendii emolumento perjurium anceps subire, *l. videamus* 4. *ff. de in litem jurando,* & in quæstione, an reus noxali judicio conventus servum possideat nec ne, dominum ipsum non procuratorem jurare necesse sit, *l. quotiens* 21. §. *si tutor* 5. *ff. de noxal. act.* ac denique cautum inveniatur, inducias absenti, cui jusjurandum delatum, debere dari, intra quas juraturus accedat, *l. pen.* §. *his de præsentibus* 5. *C. de reb. cre-*

dit. & jurejurando; ista tamen omnia eo tantum pertinent, cum quis in anima sua juraturus est; nec impediunt, quo minus alius ex mandato alterius jusjurandum, uti nomine, ita & periculo mandantis, interponat, nullum ipse anceps inde perjurii periculum pœnamve subiturus. Quod & jure canonico definitum est, *cap. ult. de juramento calumniæ in* 6. ac usu passim fere firmatum; atque etiam apud nos in Hollandia, quoties ei non contradicit adversa pars, aut admodum longe abest, qui jurare obstrictus est. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 31. Bronchorst. *enant. cent.* 2. *assert.* 29. *incipit procuratores*, Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *observ.* 83. Wesembecius *paratit. ff. h. t. n.* 9. Groenewegen *ad l.* 2. *& auth. principales*, C. *de jurejurando propter calumn. dando*.

2. Præstandum jusjurandum per Deum, qui uti omniscius, ita & omnipotens, scienter fallentes punire potest, secundum omnes malorum omnium imprecationes, jurijurando in casum perjurii inclusas; vel etiam quandoque expressas, juxta formulam recentiorem in *nov.* 7. *in fine* propositam: tum etiam secundum illam veterem Romanorum gentilium, qua juraturos silicem, quem manu tenebant, projicientes, solemnia hujusmodi verba pronunciasse, *si sciens fallam, ita me Diespiter, salva urbe arceque, bonis ejiciat, uti ego hunc lapidem*, Festus auctor est, *verbo lapidem*; quod ipsum priscis fuit, *Jovem lapidem jurare*, Rævardus *lib.* 5. *varior. cap.* 5. Si quis jusjurandum illicitum improbatæ religionis detulerit, illudque sit præstitum, pro eo habendum est, ac si juratum non sit, *l. non erit* 5. *§. sed si quis* 3. *ff. h. t.* ac si quis jusjurandum simpliciter detulerit, adversarius autem superstitiosum ex animi sui religione præstiterit, ei standum foret, *d. l.* 5. *§. divus*, 1. *ff. h. t.* Interim Romanos non modo directo per Deum interposuisse sacramentum; sed & per genium, per salutem, per venerationem Principis, per caput suum, per suam aut filiorum suorum aut aliorum dilectorum salutem in aperto est, *l. ait prætor* 3. *§. ult. l.* 4. *l.* 5. *l. si duo* 13. *§. ult. ff. h. t. l.* 2. *C. de reb. credit. & jurejur.* eique stari oportuisse per nos, qui superstitionem istam probabant, Ulpianus monuit *d. l. non erit* 5. *pr. ff. h. t.* eo quod tales eo ipso, quo per suam aut liberorum Principisve salutem jurant, per Deum & respectu divini Numinis jurare intelliguntur, *l. qui per salutem* 33. *ff. h. t.* in quantum ita suum, aut liberorum, aut Principis caput atque salutem salvam sibi a Deo precantur, uti vera loquuntur. Unde & in *l. si quis major* 41. *in fin. C. de transactionib.* Imperatores rescripserunt, ad exemplum eorum, qui recesserant a transactione jurata, *quam invocato Deo omnipotentis nomine, eoque auctore solidaverant*, illos quoque puniendos esse, qui nomina Principum placitis seu pactis suis inserentes, *salutem Principum confirmationem initarum juraverint esse pactionum*. Neque aliam animadverto dubitandi rationem, cum Imperator Alexander constituit in *l.* 2. *C. de reb. credit.* sibi non placere, *periculum capitis aut majestatis crimen inferri illis, qui per Principis venerationem quodam calore pejerassent*; quam quod illi, qui sic per Principis venerationem juraverant, omnia dira & adversa saluti ac venerationi Principis censebantur imprecati esse, atque ita læsæ Majestatis crimen videri potuerant commisisse, si fefellissent scientes: a quo tamen crimine fuerunt istius rescripti beneficio immunes pronunciati, quoties non dolo malo, & hostili in Principem animo, sed calore quodam pejeratum esset. Ceterum in arbitrio partis jusjurandum deferentis fuisse ut plurimum videtur, ut ille simul certam præscriberet juraturo formulam, eoque pertinet, quod scriptum est, jurare oportere, ut delatum est jusjurandum, *l. ait prætor* 3. *§. ult. ff. h. t.* ac proinde, si exactum fuerit, ut per salutem tuam jurare, & jurasti, standum fuit jurijurando; quia omne omnino licitum jusjurandum, per quod voluit quis sibi jurari, idoneum est, idque prætor tuetur, *l. non erit* 5. *pr. ff. h. t.* Quod si delatum fuerit, ut per Deum jurares, ut per caput tuum jurasti, aut filiorum tuorum, non erit juratum habendum jusjurandum, *d. l.* 3. *§. ult. l.* 4. *l.* 5. *ff. h. t.* Sed & si simpliciter jusjurandum sine ulla speciali verborum conceptione delatum esset, liberum non fuit per salutem suam aut caput jurare, sed per Deum jurari debuit, adeo ut tunc aliter jurans jurasse non intelligeretur, & ex integro solemniter, id est per Deum, jurandum fuerit, *l. qui per salutem* 33. *ff. h. t.* Confer Rævardum *lib.* 5. *varior. cap.* 5. Porro jure Justinianeo Christianos vel simpliciter vel tactis simul sacrosanctis Evangeliis (uti gentiles tactis aris) jurare, moris fuit, *nov.* 74. *cap. quoniam* 5. *nov.* 124. *cap.* 1. Nunc vero apud nos sine Evangeliorum interpositione tactuque, sola vulgata formula *ita me Deus amet*, digitisque binis primoribus cœlum versus elevatis tensisque. Quin & Anabaptistis nimis timidis metu divini Numinis usque ad superstitionem, adeoque jurare secundum sua sacra detrectantibus, datum fuit, ut jurisjurandi solemnis loco defungi possint assertione ex fide viri boni (*bymanen Waarheyt*) quæ tamen hactenus jurisjurandi effectum habet, ut tanquam vere perjuri coercendi veniant, si scientes fefellerint. Confer Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 59. Ant. Matthæum *de crimin. lib.* 47. *t. ult. cap.* 1. *n.* 4. *Instructien van particuliere Collecteurs &c. van Convoyen en Licenten* 8. *Octob.* 1596. *art.* 7. *vol.* 1. *plac. Holl. pag.* 2341.

3. Plura de veterum in jurando ritibus variis atque solemnibus, plura de jurejurando Christianis non interdicto, & quæ hujus generis alia sunt, consulto prætermitto, vide, si libet, Brissonium de *formulis lib.* 8. *a principio*, Rævardum *varior. lib.* 5. *cap.* 8. Demsterum *ad Rosini antiquitates lib.* 1. *cap.* 13. Hugon. Grotium *de jure belli & pacis lib.* 2. *cap.* 23. *numer.* 1. D. Ant. Matthæum *de probat. cap.* 1. *num.* 20. *& seqq.*

4. Dividitur jusjurandum in promissorium & assertorium. Promissorium est, quod futura negotia concernit, ut major illis firmitas aut securitas accedat; quale est tutorum, curatorum, subjectorum, vassallorum, militum, judicum, advocatorum, honores suscipientium, aliorumque, uti & illud, quod conventionibus subinde apponi solet: cui postremo Romanis legibus exigua adstringendi potestas data fuit; dum placuit jusjurandum tale sequi naturam actus, cui apponitur; nec eo confirmari illa, quæ per se invalida, ac nulla, aut ex æquitate infirmanda sunt, *l. juris gentium* 7. *§. & generaliter* 16. *ff. de pactis*, *l. non dubium* 5. *C. de legibus*. (exceptis casibus in *l.* 1. *& auth. sacramenta puberum C. si adv. vendit. l. ut jusjurandi* 7. *ff. de operis libertor.* & forte in *l. si quis major* 41. *C. de transact.*) neque his adversan-

tur ea, quæ occurrunt in *l. quæ sub conditione* 8. *ff. de cond. Instit. l. hac scriptura* 26. *ff. de cond. & demonstr. l. si quis cum* 39. *ff. h. t. l. si cum patruo* 6. *C. commun. utr. judic.* cum aliud sit, ex jurejurando promissorio actionem dari, quæ jurejurando deficiente data non fuisset: aliud, jusjurandum in conventione vel legato intervenire per modum conditionis, qua impleta conventio vel legatum effectum sortiturum est; quod posterius tamen in d. ll. continetur; ac proinde non magis jusjurandum tale, quam impleta alia quævis conditio, actionem parit.

5. Jure tamen canonico dispositum, jusjurandum omne negotio appositum servandum esse, quatenus sine animæ detrimento servari potest, *cap. cum contingat* 28. *extra, de jurejurando*, quod & eatenus moribus comprobatum est, quatenus jusjurandum promissorium vim pacti habet; ex pacto autem nudo æque ac ex contractu hodie actio competit, non ipsi tantum cui juratum, ac in jurantem, sed & heredi ac in heredem, secundum ordinariam descendentium ex conventione actionum naturam, arg. *l. si pactum* 9. *ff. de probation.* Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 27. Plane uti jure Romano jusjurandum vires addere non potuit contractibus aliisque negotiis, quæ legibus reprobanda & interdicta erant; ita quoque, si quid nunc jurejurando promissum sit, quod aperte legibus usu probatis aut consuetudinibus variis vetitum est, nulla inde obligatio efficax, aut actio, judiciumve datur. Qua ratione etiam jure Canonico dispositum, non esse clericum vocandum ad judicem laicum, licet Ecclesiastici fori beneficio renunciasset jurato, *cap. si diligenti* 12. *extra, de foro compet.* etsi inficias eundum non sit, quin is, qui juravit adimplere quæ promisit, in conscientia obstrictus sit, quoties implementum nullam naturalem in se turpitudinem continet, & Reipublicæ utilitatibus non vehementer adversatur, *cap.* 2. *de pactis in* 6. *cap. debitores* 6. *extra, de jurejurand.* Vinnius *tract. de pactis cap.* 18. *n. ult.* Dummodo meminerimus, jurisjurandi religione, æque ac vinculo conventionis, ita demum unumquemque obstringi, si ipsius jurantis in id, quod jurejurando comprehensum, consensus appareat. Eo enim deficiente uti nulla est conventio, ita & nullum jusjurandum conventionis instar habens. Quibus consequens est, ut jurijurando neque in poli neque in soli foro stare teneatur, qui dolo alieno circumventus jurato quid promisit, quod dolo deficiente non fuisset promissurus: uti id plenius a me traditum libello *de jure militari cap.* 1. *n.* 27. Adde Zoesium *ad Pand. h. t. numer.* 73. Metum quod attinet, quia is consensum in universum non excludit, dum majoris malitatis timore quis contrahendum, & contractum jurejurando firmandum, compulsus ex duobus malis minimum elegit, ut plenius demonstratum *t. quod metus causa num.* 1. ideo summo quidem jure ad præstandum quod promisit, obligatus est, atque etiam fidem implere ex mentis bonæ dictamine tenetur, nec satis apud Deum securus erit, si sciens fallat: dare enim maluit aut præstare promissa, quam aliud pati gravius malum instans. Sed cum publice intersit, privatas hujusmodi concussiones inter privatos non tolerari; ac legislator, (qui supra singulos est, & actus singulorum externos sui imperii potestate regit ac circumscribit) ab initio possit jurijurando contra publicam utilitatem ac leges aperte prohibentes interposito omnem demere civiliter & efficaciter obligandi potestatem, sic ut æque jusjurandum, ac ipse actus contra leges prohibentes interpositus, ipso jure nullum ac non interpositum existimetur, nihil vetat, quo minus etiam actui summo jure valido, sed ex æquitate infirmando, appositum jusjurandum summo itidem jure civiliter obstringens, idem magistratus irritum esse jubeat, eoque loco haberi, quasi præstitum non sit. Quo facit, quod & ipso jure canonico eo demum sacramenta dicuntur obligare, quæ nec vi nec dolo præstita sunt, *d. cap. cum contingat* 28. *extra, de jurejurando, cap. licet* 2. *de jurejurando in* 6. *cap. quamvis* 2. *de pactis in* 6. Quamobrem & moris est, ut adversus hujusmodi sacramenta tum a majorennibus ex metu (etiam dolo) tum a minoribus ex lubrico ætatis præstita, æque ac adversus ipsos contractus metu aut minorennitatis imbecillitate gestos, restitutio concedatur per supremos magistratus, aut curias supremas vice Principum in materia restitutionis judicantes, in quibusdam locis ab Ecclesiæ pontificiæ Præsulibus aut summo Pontifice. Nec est, quod quis existimet, juri divino adversari istiusmodi laxationem jurisjurandi a magistratu impetrandam: si modo consideret, jure illo irritum fuisse tum filiarumfamilias, tum uxorum jusjurandum promissorium, quoties pater aut maritus ei intercederet, illudque sua improbaret contradictione, *Numeror. cap.* 30, *per tot.* neque enim minus magistratui in actiones subjectorum, quam patri aut marito in eas, quæ ab uxore filiave proficiscuntur, jus ac potestas est, maxime, ubi tam gravis doli metusve ac concussionis causa subest. Confer Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 22. 23. 24. 25. Besoldum *in delibatis juris ad Pand. t. de constit. Princip. pag. mihi* 87. *& seqq.* Pinellum ad *l.* 2. *C. de rescind. vendit. part.* 3. *cap.* 1. *n.* 1. *& multis seqq.* Fachineum *controvers. lib.* 3. *cap.* 13. 14. & *lib.* 8. *cap.* 62. Grotium *de jure belli & pacis lib.* 2. *cap.* 13. *num.* 20. Neostadium *Curiæ supr. decis.* 80. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 157. *pag. mihi* 464. 465. 468. 469. Groenewegen ad *leg. ult. ff. ad municipalem.*

6. Quod si jusjurandum promissorium appositum sit actui, qui mere dependebat a voluntate jurantis, nec alteri tribuebat de præsenti ullum jus, ipsum quoque jusjurandum ejusdem conditionis censeri debet, ac proinde ad implementum ejus, quod jurejurando contentum, actio non datur, quoties juranti libuit contra suum jusjurandum venire; magisque illud, quod contra sacramentum suum postea gesserit feceritve, ratum firmumque erit, etsi ipse sic contra prius juratum committens, perjurium procul dubio apud Deum incurrat, arg. *cap. sicut ex literis* 22. *extra, de sponsal. & matrim.* Qua ratione si testator condito testamento jusjurandum subjecerit de voluntate illa per testamentum posterius non revocanda, vel quis jurato promittat, se datum Titio mandatum, quod sui natura irrevocabile, non retractaturum, & postea novum re ipsa testamentum condat, aut mandatum revocet, testamentum posterius & ipsa mandati revocatio effectum sortiri debent. Cum enim testator aut mandans eo ipso, quo prius testamentum aut tum revocavit, in perjurium inciderit, nec nocens esse desinat, aut crimine vacet, etiamsi mandatum prius aut testamentum, non ob-

stante revocatione, duraret; magis fuit, ut revocatio mandati, ac condita deinceps nova dispositio testamentaria, secundum jus commune firmitatem habeant; regula juris Canonici, qua jusjurandum servandum erat, quatenus poterat sine animæ detrimento, jam usum aut locum non amplius inveniente, Zoesius ad *Pand. h. t. num.* 63. *& seqq.* & *ad tit. de injusto rupto irrito facto testam. n.* 27. 28. 29. Jul. Clarus *§. testamentum quæst.* 94. *num.* 5. Michael Grassus *de succ. §. testamentum quæst.* 87. Fachineus *controvers. lib.* 4. *cap.* 8. Ant. Faber *Cod. lib.* 6. *t.* 5. *defin.* 11. 12. Nec recte dixeris, posita ista sententia, invitari jurantes ad delinquendum, ad perjurium, quippe non mutaturi voluntatem cum scelere perjurii, si posteriorem voluntatem scirent non ratam fore. Aliud enim est, ad delinquendum invitari, aliud arrepta legum dispositione, & quasi per occasionem legum, ad delinquendum procedere: posterius fit, si quis contra jusjurandum voluntatem revocet; prius non item. Dum liberam leges puberi patrifamilias civi Romano dant testandi facultatem de rebus suis, si quis adolescens in vitia pronus proximiores fidos monitores, ad mentem meliorem in dies instigantes, & ob id odio habitos, silentio prætereat in suo testamento, peregrinos luxuriæ & nequitiarum auctores, adjutores, socios, heredes instituat, eum in gratitudinis & æquitatis leges incurrere ac perperam agere, nemo negaverit, eum libertate testandi per leges data abuti, quisque fatebitur; at leges ipsas ad hanc ingratitudinem & iniquitatem invitasse, verum non est.

7. Assertorium jusjurandum est, quod præsentia ac præcipue præterita negotia respicit. Ac vel veritatis est, vel affectionis in litem, de quo latius *t. de testibus*, vel ab ipsis litigantibus. Et hoc secundum tituli hujus inscriptionem in voluntarium, necessarium, & judiciale divisum est. Quid sit voluntarium, quid judiciale, quid necessarium inter Latinos & Græcos non satis constat, his *judiciale* appellantibus, quod illi *necessarium* dixerunt. Adde Ant. Matthæum *de judic. disp.* 10. *th.* 6 *&* 7. Sed cum istam tantum de nomine dissensionem ac quæstionem esse jam olim suo tempore Azo observaverit in *Summa C. h. t. de reb. cred. & jurejurando num.* 6. *in fine* rectius fuerit, ea disputatione prætermissa rem ipsam excutere. Voluntarium itaque jusjurandum etsi Cujacio *in paratitl. Digest. h. t.* & aliis, dicatur, quod a parte parti in judicio vel extra judicium defertur; necessarium, quod pars, cui delatum est, refert delatori; judiciale, quod a Judice defertur: mihi tamen voluntarium potius erit, quod pars parti defert vel refert extra judicium; idque vel ex conventione, quo casu delatum ab adversario referri nequit, *l. jusjurandum* 17. *pr. ff. h. t.* vel sine præcedente conventione; quo casu referri quidem potest, sed is, cui relatum, ad jurandum compelli nequit; cum necdum aditus sit judex, qui cogat. Ut proinde optimo jure id voluntarium appelletur; sive enim conventionem extrajudicialem de jurejurando deferendo præstandoque intervenisse proponas, illa utique a liberrima utriusque voluntate descendit, ac ne is, qui ex conventione deferre debebat, extra judicium ad delationem faciendam constringi poterat, nec, si detulisset, adversarium ad jurandum adigere: sive ex adverso sine prævia conventione illud extra judicium a parte parti delatum concipias, liberum fuit deferenti non deferre; liberum ei, cui delatum, nec præstare, nec referre; liberum denique ei, cui relatum est, nec tunc illud præstare; dum omnibus his in casibus deest, qui cogat; cum privatus in privatum nullam habeat jurisdictionem aut cogendi potestatem. Judiciale appello, quod pars parti in judicio, accedente plerumque sententia judicis interlocutoria delationem probante, defert vel refert, *l. generaliter* 12. *§. sed juramenta, C. h. t. de reb. credit. & jurejur.* Necessarium denique, quod judex defert actori vel reo; ita dictum, quia is, cui id delatum, nec judici deferenti, nec adversario, qui non detulit, referre potest, sed omnino jurare, ni cadere causa malit, necesse habet. Aliter quam in judiciali observabatur quod propterea etiam mixtam quodammodo causam inter voluntarium ac necessarium videri potest obtinere: in quantum initio inspecto liberrima referentis voluntas est, quæ post delationem deinde in eo, cui deferretur, incipit magis adstricta esse, dum is aut jurare tenetur, aut referre; tandem vero exitu considerato mera necessitas apparet, quatenus is, cui illud referre valet, ut post dicetur, Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 42.

8. Deferre possunt voluntarium ac judiciale omnes liberam habentes rerum admninistrationem, quales sunt domini majorennes, tutores ac curatores in causis dubiis pupillorum, minorum, furiosorum, & aliorum similium alia probatione destitutis, *l. jusjurandum* 17. *§.* 1. 2. *l. tutor.* 35. *pr. ff. h. t.* Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 20. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 14. *defin.* 12. si modo lis sit de rebus illis, quarum sine decreto procedit alienatio; nam si de immobilibus aut mobilibus, quæ sine decreto alienari nequeunt, controversia intercedat, non aliter quam impetrato primitus decreto prætoris jusjurandum per eos deferri posse puto, exemplo transactionum, quarum vice jusjurandum obtinere dicitur, arg. *l. non solum* 4. *C. de præd. & aliis reb. minor.* junct. *l. jusjurandum speciem* 2. *ff. h. t.* Ant. Matthæus *de judiciis disp.* 10. *thes.* 11. Procuratores non aliter recte deferunt, quam si vel speciale ad id mandatum habeant, vel generale cum libera, vel in rem suam constituti sunt. Unde si ille, cui mandatum simpliciter ut peteret, jusjurandum detulerit, nihil agit, *l. jusjurandum quod* 17. *§. ult. l.* 18. *l.* 19. *ff. h. t.* Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 12. *defin.* 12. Berlichius *conclus. pract. part.* 1. *concl.* 29. *num.* 24. 25. Defensores civitatum, magistri societatum & collegiorum ita demum, si ad id mandato instructi sint, *l. jusjurandum* 34. *§. defensor* 1. *ff. h. t.* Adde *tit. de transact. n.* 2. *& seqq.* Non unus ex coheredibus, ceteris ignorantibus, etiamsi de rato cavere paratus sit, ob metum perjurii, si forte post præstitum jusjurandum ab eo, cui delatum est, ceteri factum coheredis ratum non habentes, probationes adducant contra id, quod juratum est, Ant. Faber *C. libr.* 4. *tit.* 1. *defin.* 21. Nullo modo pupilli sine tutoris auctoritate, *l. jusjurandum* 17. *§. pupillus* 1. *ff. h. t.* nec prodigi & similes, *l. tutor.* 35. *§. prodigus* 1. *ff. h. t.* nec qui lapso biennio non numeratæ pecuniæ exceptione utuntur, *l. in contractibus* 14. *§. illo* 3. *C. de non num. pecun.* Adde *tit. de reb. cred. n. ult.* nec illi, qui, cum prius detulissent jusjurandum, illud necdum acceptatum re-

vocaverunt, probationibus confisi, *l. si quis jusjurandum* 11. *C. h. t. de reb. cred. & jur.* quales tamen hodie mediante in integrum restitutione adhuc ad jurisjurandi delationem admitti, notat Groenewegen ad *d. l.* 11. *C. h. t.* Sed nec servi deferre possunt in præjudicium dominorum, si libera careant peculii administratione, *l. depositi* 5. *§. si filiusfamilias* 2. *ff. de peculio*, eam enim si habeant, æque domino prodesse vel nocere peculio tenus possunt deferendo jusjurandum, ac filiifamilias suo patri, *l. servus quod* 20. *l.* 21. 22. *ff. h. t.* Minores annis viginti quinque, si curatore destituti illud detulissent adversario, restitutionem petere non vetabantur, si hoc ipso se captos docerent, *l. nam. postquam* 9. *§. si minor* 4. *ff. h. t.* Sed cum hodie minoribus invitis curatores dentur, consequens est, inutilem esse delationem, quæ a minore sine curatoris auctoritate fit; sic ut nec restitutione opus sit, arg. *l. si curatorem* 3. *C. de in integr. restit. minor.* Infamem denique jusjurandum adversario deferre volentem audiendum non esse, ad id, ut adversario imponeret jurandi vel referendi necessitatem, variis placet; tum quia tales non amplius metuerent infamiam ex perjurio probato irrogandam, qua jam ante ex alia cœperant causa laborare, arg. *l. si quis injuriam* 35. *ff. de injuriis*, tum quia sic ei, cui defertur, prope adimeretur referendi facultas, dum non sine manifesto perjurii imminentis periculo referret infami deferenti. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 17. junct. *defin.* 9. *num.* 6. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 14. *defin.* 6.

9. Defertur omnibus sexus cujusvis aut ætatis hominibus, etiam impuberibus, servis, heredibus, procuratoribus, defensoribus, de defuncti aut domini facto; ad eum effectum, ut ratum firmumque futurum sit, quod pupillus, procurator, defensor, aut hæres juraverit, & actio inde vel exceptio pupillo, hæredi, domino, competat, sive in sua sive in domini anima per procuratores juratum sit: cum æquum visum fuerit, custodiri jusjurandum adversus illum, qui contentus eo, cum deferret, fuit; sibique, quod talibus detulerit, imputare debeat, *l. nam, postquam* 9. *§. jus.* 6. *l. sed & si servus* 25. *l.* 26. *l. in duobus* 28. *§. quod reus* 1. *l. ult. §. pen. ff. h. t.* dummodo observemus, datam actionem ex jurejurando procuratoris utilem tantum esse, non directam: qua ratione conciliandа *l. non solum* 39. *§. qui alieno* 1. *ff. de procurat.* cum *d. l.* 9. *§.* 6. *ff. h. t.* Neutiquam vero delatio proficit ad eum finem, ut pupillus, servus, defensor, procurator, heres aliique similes vel jurare cogerentur vel jusjurandum referre, ne viderentur in manifesta hærere turpitudine, caderentque causa, *l. jur.* 34. *§. pupillo* 2. & 3. *ff. t.* arg. *l. si sine* 9. *§.* 2. 3. 4. *l. si filius* 19. *ff. de interrogat. in jure fac. l. qui in alterius* 42. *ff. de reg. juris*, cum probabilis omnino facti alieni etiam in ipso herede ignorantia sit: ut merito suscipere jusjurandum detrectet; si modo reus in lite sit: nam si actor, instructus venire debet, *d. l.* 42. *ff. de reg. juris*, Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 33. Adde Thomingium *decis.* 45. Nec iniquum fuerit, in id saltem heredi jusjurandum deferri, ut juret, quid de defuncti facto compertum habeat; eo modo, quo & tutoribus pro pupillo in judicio stantibus recte jusjurandum a pupillorum adversario defertur, ut jurejurando exponant, quo usque negotium pupilli ipsis notum sit, Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 1. *def.* 20.

10. Locum habet hæc jurisjurandi delatio in omnibus causis seu actionibus civilibus, sive personalibus, sive realibus, sive rei persecutoriis sive pœnalibus, atque etiam in ipsis causis infamantibus, veluti si furti, vel de vi bonorum raptorum, vel injuriarum agatur civiliter; adeo ut damnatus post jusjurandum ex judicio famoso famosus fiat, *l. ait prætor* 3. *§. quacunque* 1. *l. nam, postquam* 9. *§. si damnetur* 2. *l. si duo* 13. *§. idem Julianus* 2. *l. in duobus* 28. *§. si quis juraverit* 5. 6. 7. 9. *ff. h. t. l. lex Cornelia* 5. *§. hac lege* 8. *l. non solum* 11. *§. injuriarum* 1. *ff. de injuriis*, *l. furti accipe* 6. *§. sed & si* 4. *de his, qui not. infam. l. non damnatos* 18. *in fine C. ex quib. caus. infam. irrog.* Quod nostris moribus tanto facilius admiseris, quia civili judicio damnatos injuriarum vel furti ad id quod interest, vel ad palinodiam, infamia non comitatur, ut dictum *tit. de his, qui not. infam. n. ult.* Confer Berlichium *concl. pract. part.* 1. *conclus.* 29. *n.* 42. & *seqq.* Sed & in popularibus actionibus usum invenit, *l. eum, qui* 30. *§. in popularibus* 3. *ff. h. t.* nec non in quæstione, an mulier prægnans sit, nec ne; ad id, ut ventris nomine in possessionem mittatur, si se prægnantem juret, aut possessio ei denegetur, si adversarius juret, eam ex defuncto marito prægnantem non esse; non ut partui noceatur, *l. ait prætor* 3. *§. unde Marcellus* 3. *ff. h. t. l. cum mulier* 10. *ff. de Carboniano edicto*. In disceptatione quoque, utrum nuptiæ vel sponsalia contracta fuerint, nec ne, jurisjurandi delationem admitti, dicetur latius *tit. de sponsalibus*, & *tit. de ritu nupt.* In criminalibus vero causis jurisjurandi delatio merito reprobatur, cum nec calumniæ jusjurandum illic præstandum sit ob metum perjurii; adeo ut secundum mores hodiernos, quibus difficilius ad irrogandam infamiæ pœnam proceditur, ne tum quidem, cum infamia damnatum secutura est, delati jurisjurandi religione causæ decidenda sit. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 43. Jul. Clarus *sent. lib.* 5. *§. fin. quæst.* 63. *n.* 1. & 3. Ant. Matthæus *de crimin. lib.* 48. *tit.* 15. *cap.* 7. *n.* 1. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 250. *pag. mihi* 449. 450. Si tamen judex dicatur in causis criminalibus pecuniam accepisse, (quo probato, in exilium mittendus esset, publicatis omnibus bonis) neque id probare litigator potuerit, persona, quæ accepisse dicitur, jurare tenetur, *quod neque per se, neque per aliam personam accepit, aut promissionem habuit*, ut ita liberetur, *authent. novo jure C. de pœna jud. qui male judicavit.* Cujus singularis ea ratio videtur, quod non tam jurisjurandi novi impositio hic fiat, quam potius repetitio quædam jusjurandi illius, quod quilibet honoribus conspicui in muneris ingressu præstare tenebantur; quippe inter alia jurantes, *se nihil penitus, tam in administratione positos, quam post depositum officium, pro aliquo præstito beneficio tempore administrationis, quam gratuito meruerint, accepturos*, *l. ult. in med. C. ad leg. Jul. repetund.*

11. Nihil autem interest in causis civilibus, an actor, an reus sit, qui jusjurandum hoc defert; cum uterque id possit, non modo ante, sed & post litem contestatam usque ad sententiam, *l. generaliter*, 12. *C. h. t. de reb. cred. & jurejur.* etiamsi jam ulteriori fuerit renunciatum probationum productioni, at-

qua etiam ex publicatione testificationum didicerint litigantes, quid minus probatum sit; impetrata ex moribus ad id faciendum restitutione in integrum adversus renunciationem ulteriorum probationum factam. Si enim ab initio reus actori, vel actor reo, jusjurandum deferre possit, ubi probationes sibi sufficientes deesse videt; ratio nulla est, cur non & postea mediante saltem restitutione, haud difficulter impetranda, eo confugiat, adversarium judicem simul ac testem faciens in causa sua. Quod enim pro opinione contraria ab Antonio Fabro *Cod. libr.* 4. *tit* 1. *defin.* 25. adductum est, praeclusa probandi via, ad jusjurandum non debere aditum patere, quia efficacissima probatio est; non amplius stringit, ubi per restitutionem in integrum adversus renunciationem, aditum ad probationes ulteriores praecludentem, via probandi rursus aperta est. Eoque facit, quod ita demum post alias probationes tentatas jurisjurandi delatio interdicta fuit, si is, qui deferre vult, jam antea id detulerat, sed necdum acceptatum revocaverat, probationibus confisus; quippe cui tunc non videbatur relinquendus regressus ad illum, quem spreverat, probandi modum, *l. si quis jurejurandum* 11. *C. h. t. de reb. cred. & jurejur.* Confer Thesaurum *decis. Pedemont.* 93. Paponium *lib.* 9. *tit.* 6. *art.* 5. & 6. Boerium *decis.* 95. *num.* 4. & *seqq.* Christinaeum *vol.* 3. *decis.* 1. *num.* 2. Fachineum *controv. lib.* 1. *cap.* 20. Mascardum *de probat. conclus.* 959. *num.* 9.

12. Nec delationem jurisjurandi ab actore aut reo faciendam impedit, quod forte deferens antea in se susceperit intentionis suae aut exceptionis probationem; eo quod perinde habetur quod juratum est, atque si probatum esset, *l. sed si possessore* 11. §. *si, cum de* 3. *ff. h. t.* ac generaliter constitutum est, licentiam concedendam esse ei, cui onus probationis incumbit, adversario suo de rei veritate jusjurandum inferre, *l. cum de indebito* 25. §. *in omnibus* 3. *ff. de probation.* Responsa. Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 345. Sed nec illud delationi obstat, quod non semiplene, sed omnino nihil probaverit ex suo latere is, qui jusjurandum deferre vult: cum de tutore nominatim cautum sit, illum, omnibus aliis probationibus in pupillari causa deficientibus, jusjurandum deferentem audiendum esse, *l. tutor.* 35. *pr. ff. h. t.* in quo nihil pupillorum favore singulare est, nisi hoc, quod, cum alioquin, ne facto quidem probationum aliarum ordinariarum periculo, in sua quisque causa protinus ad jusjurandi religionem confugere possit, tutor tamen id nequeat in pupillari lite, nisi tentatis ac deficientibus aliis omnibus probandi modis. Firmatque hanc ipsam sententiam, quod, licet alioquin in ultimae voluntatis dispositionibus ordinaria simplexque ac jure naturali & gentium idonea probatio non sufficiat, sed quinque testium depositio ad minimum requiratur; tamen si heres dicatur viva voce per testatorem fidei commisso gravatus, sic ut de voluntate ejus certam & fallere nesciam scientiam habeat, recte fideicommissarius, omni probatione alia legitima destitutus, jusjurandum ei deferre possit, atque ita eum ad id agere, ut vel jusjurandum subeat, quod nihil tale a testatore audiverit, vel id recusans adimpleat ea, quae suae fidei, interposito per actorem calumniae jurejurando, dicebantur commissa, §. *ult. Instit. de fideicommiss. hered. l. ult. C. de fideicommissis.* Facit denique, quod nulla lege cautum invenitur aliquam oportere minus plenam praecedere probationem, antequam delationi locus esset; sed ex adverso sine ulla limitatione manifestae dicitur turpitudinis & confessionis esse, nec jurare velle, nec jusjurandum referre; eumque, qui utrumque recusat, ad solvendum oportere compelli, *l. manifesta* 38. *ff. h. t. l. delata* 9. *C. h. t. de reb. cred. & jurej.* ac generaliter, ei, cui onus probandi incumbit, licentiam concedendam esse, adversario suo de rei veritate jusjurandum inferre; ut judex juramenti fidem secutus ita suam sententiam possit formare, *l. cum de indebito* 25. §. *in omnibus* 3. *ff. de probation.* Nec recte his objeceris, actore non probante reum absolvendum esse, licet nihil ipse praestet, *l. qui accusare* 4. *C. de edendo*, cum actor tum demum in probatione censeatur defecisse, quando nec per jusjurandum probavit, arg. *d. l.* 25. §. 3. *ff. de probat. l. sed si possessori* 11. §. *ult. in med. ff. h. t.* Vanusque insuper hac opinione admissa, litium calumniosarum timor est; quasi sic quilibet cuilibet controversiam facere sine ulla causa, sine jure ullo, posset; tum isti metui satis obviam itum sit per impositam ei, qui jusjurandum deferre vult, de calumnia jurandi necessitatem. Frustra quoque obtenditur, sic de domo & quasi sinu adversarii probationes peti, contra *l. nimis grave* 7. *C. de testibus*, cum potius hic adversarius in sua causa judex simul ac testis constituatur, *l.* 1. *pr. ff. quar. rer. act. non datur*, quod longe abest a petitione probationum e domo adversarii, per *d. l.* 7. reprobata. Foventque hanc assertionem Fachineus *controv. lib.* 1. *cap.* 19. Mascardus *de probation. conclus.* 959. *num.* 9. Ant. Thesaurus *decis.* 93. *in pr.* Christinaeus *vol.* 3. *decis.* 1. *n.* 2. Cujacius *lib.* 22. *observ.* 28. Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 34. Perezius *ad tit. C. de reb. cred. & jurejur. num.* 20. Jacob. Coren *consil.* 20. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 12. *defin.* 2. Bronchorst *enant. cent.* 2. *assert.* 24. Vinnius *select. quaest. lib.* 1. *cap.* 42.

13. Delatum autem ab adversario jusjurandum vel praestandum est regulariter, postquam deferens ipse prius de calumnia juravit; *l. jusjurandum* 34. §. *qui jusjurandum* 4. *ff. h. t.* vel referendum: cum, uti dictum, turpitudinis manifestae sit nec jurare nec jusjurandum referre, *d. l. manifesta* 28. *ff. h. t. l. delata* 9. *C. h. t. de reb. cred. & jurejur.* sive de rebus omnibus, sive de quibusdam tantum delatio facta sit; cum liceat de quibusdam rebus jusjurandum deferre, de quibusdam probare, *l. de rebus* 14. *ff. de act. rer. amot.* Et ea quidem forma plerumque referendum, qua ab initio delatum est, nisi forsan ex diversitate rerum aut personarum quaedam emergant, quae varietatem inducunt; quod ubi inciderit, officio judicis conceptio jurisjurandi terminanda foret, *d. l.* 34. §. *non semper* 8. *ff. h. t.* Nam &, si ab initio inter litigantes de jurandi modo ac qualitate non conveniat, conceptio ejus in arbitrio judicantis est, *d. l.* 34. §. *si de qualitate* 5. *ff. h. t.* Confer Menochium *de arbitr. jud. lib.* 2. *casu* 189. Ant. Fabrum *C. libr.* 4. *tit.* 1. *defin.* 10. Neque necesse est, ut & referre jusjurandum calumniae prius praestet, cum ferendus non sit, qui intuitu conditionis, quam ipse detulit, de calumnia velit sibi jurari; nec referenti rursus referri potest id quod ipse retulit; sed

qui detulit, post factam sibi relationem jurare omnino tenetur, alioquin causa cadit; eo quod displicere non debuit conditio jurandi ei, qui detulit, *d. l.* 34. *§. datur* 7. *& §. ult. ff. h. t. l. generaliter* 12. *§. sed juramento* 1. *C. h. t. de reb. cred. & jurejur.* usque adeo, ut, si tutor vel curator jusjurandum in pupillari negotio semel detulerit, illud deinde sibi relatum nequeat declinare: cum enim leges ei de affectione, ac proinde longe magis de veritate, in lite pupilli iurare permittant, *l. videamus* 4. *ff. de in litem jurando*, ipse sciens, ad delationem sequi de jure posse delati jurisjurandi relationem, sibi imputare debet, quod sese ad hanc jurandi necessitatem suo proprio facto prima scilicet delatione, deductum videt, arg. *d. l.* 34. *§. h. t.* Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 10. Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 14. *defin.* 13.

14. Sunt tamen in jure casus, quibus jusjurandum delatum referri nequit, sed omnino sine relatione præstandum est; puta, si jam ab eo, cui delatum, acceptatum sit; cum acceptatio conventionis speciem in se contineat, & necessitatis faciat, quod ab initio liberæ voluntatis erat, adeoque impediat referendi facultatem, arg. *l. jusjurandum* 17. *pr. ff. h. t. l. sicut* 5. *C. de obligat. & act.* Donellus *comment. jur. civil. libr.* 24. *cap.* 13. ibique Hilligerus *lit. S.* Carpzovius *d. part.* 1. *constit.* 14. *def.* 3. Idemque dicendum, si is, cui id delatum, vel solus vel melius noverit negotium, de quo disceptatur; qua ratione, si maritus uxori, vel illa viro rerum amotarum moveat actionem, & jusjurandum deferatur ei, qui vel quæ amovisse arguitur, permittendum ei non est relationem facere, cum optimam facti proprii conscientiam habeat, *l. Marcellus* 11. *§.* 1. 3. *l.* 12. *l.* 13. *ff. de act. rer. amot.* Etsi ex adverso patri mulieris, quæ amovisse dicitur, aut heredi ejus, illa jurandi necessitas imponenda non sit; cum iniquum existimetur de alieno facto alium jurare, *d. l.* 11. *§.* 2. *ff. h. t.* Cravetta *consil.* 233. Mascardus *de probation. conclus.* 959. *num.* 16. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 9. Jac. Coren *consil.* 30. *in notis*, Fachineus *controv. libr.* 1. *cap.* 21. Menochius *de arbitrar. judic. libr.* 2. *casu* 189. *num.* 7. 8.

15. Sunt & justæ causæ, propter quas delatum jusjurandum neque suscipiendum est ab adversario, neque referendum; veluti si deferens de calumnia jurare nolit, *d. l.* 34. *§.* 4. *ff. h. t.* si delatum ab eo, qui non habebat deferendi jus; vel ei, cui leges deferri vetant; vel non eo modo eaque forma, quam jura moresque boni probant; de quibus præcedentibus, si in judicio deferatur ei, qui illo in loco forum competens non sortitur, nec judicium suscipere compelli potest, *l. tutor* 35. *§. ult. ff. h. t.* si jam plene per eum, cui defertur, probata sit; eo quod jusjurandum subsidiarius tantum probandi modus est; qui neque contra manifestas alias ordinarias probationes legitimas atque sufficientes operari debet, si forte ex relatione ejus, qui plene probavit, præstaretur; neque probationi per se fidem plenam facienti robur majus, majoremve fidem addere debuit, si is, qui probavit, insuper ex delatione juraret. Quod & jure Canonico evidenter cautum, *cap. sicut* 2. *extra, de probation.* Joh. Papon *libr.* 9. *tit.* 6. *art.* 3. & 8. Christinæus *vol.* 3. *decis.* 2. *num.* 12. Ant. Matthæus *de judiciis disput.* 10. *num.* 34. Diversum nonnullis videtur respondendum, si is, cui jusjurandum infertur, necdum quicquam probaverit, sed ordinariis probationibus sese litem instruere paratum dicat; quasi delatione jurisjurandi promptum & expeditum litis terminandæ remedium offeratur; dum ex adverso in longum sæpe lites trahuntur, ubi conquirendis adhuc undecunque probationibus insudandum est; quod in superiore casu, ubi jam probatio plena adducta erat haud fuit metuendum, Joh. Papon *libr.* 9. *tit.* 6. *art.* 4. Mascardus *de probation. conclus.* 959. *num.* 5. Ant. Matthæus *de judiciis disput.* 10. *thes.* 33. Sed cum, uti ante dictum, jusjurandum subsidiarius tantum probandi modus sit, sic ut etiam ejus jam præstiti vis omnis evanescat, ac ex integro causa agitanda sit, quoties non ad partis sed judicis desiderium ac delationem præstitum est, si adversarius deinde dicat, se nova invenisse instrumenta, quibus nunc solus usurus est, *l. admonendi* 31. *ff. h. t.* rationem non animadverto, cur adversarius in præsenti testibus aut instrumentis, utut necdum productis, munitus atque confisus, declinare non posset jurisjurandi præstandi aut referendi necessitatem. Et sane, ni ita statuas, haud raro futurum est, ut justissimam foventes litem probationibus luce meridiana clarioribus adstruendam, causa tamen cadant, dum ipsis ad superstitionem forte timidis metu divini Numinis, & succumbere quam jurare malentibus adversarius horum non ignarus jurejurandum ea deferret fiducia, fore, ut illud sibi ab eo, qui jurare non audet, etiam cum evidente perjurii periculo referatur. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 3. Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 14. *defin.* 14. Zoesius *ad Pandect. h. t. n.* 4.

16. Extra hos casus, si quis delatum præstare velit nec referre, tamquam turpitudinis & confessionis manifestæ reus, litis damno afficitur, ac victus recedit, sive actor sive reus sit, *d. l.* 34. *§. ult. d. l.* 39. *ff. h. t. l. delata* 9. *C. h. t. de reb. cred. & jurejur.* ut tamen ei supersit a tali sententia appellandi facultas, si forte minus recte sibi jusjurandum delatum ideoque condemnationem ob illud neque susceptum neque relatum nullo jure subsecutam putet, cessante tunc ratione appellationis denegandæ, cum transactum videri nequeat, ubi juratum non est, *l. generaliter* 12. *§. sin autem* 2. *C. h. t. de reb. cred. & jurejur.* Fachineus *controv. lib.* 1. *cap.* 23. *in pr.* Et quamvis is, cui delatum est, quandoque ex justa causa dilationem modicam petere possit, ut plenius deliberet, atque etiam de veritate magis certioretur, & sic juret, vel referat, vel utrumque recuset, *l. jusjurandum* 34. *pr. ff. h. t.* arg. *l. qui interrogatur* 5. *ff. de interrogat. in jure fac.* quamvis etiam deferens delatum jusjurandum sed necdum acceptatum, vel etiam, ut alii volunt, jam acceptatum sed necdum præstitum, revocare possit, probationibus ordinariis confisus, *l. si quis jusjurandum* 11. *C. h. t. de rebus cred. & jurejur.* Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 1. *definit.* 22. tamen is, qui delatum semel recusavit præstare, vel referre, vel expresse, vel tacite, dum neque deliberandi spatium sibi dari petiit, sed insuper habita delatione ad alia transivit, deinceps amplius ex pœnitentia illud vel referre vel præstare, adversario invito, non potest; eo quod regressus ei non videtur concedendus ad illud litium dirimendarum remedium, quod prius recusando, aut non admittendo, contempsit

sprevitque, *l. non erit* 5. *§. ult. l.* 6. *ff. h. t.* arg. *d. l.* 11. *C. h. t. de reb. cred. jurejur.*

17. Quod si ex delatione partis adversæ, vel relatione, jusjurandum rite præstitum sit, effectus ejus est, quod speciem transactionis habeat, majoremque auctoritatem quam res judicata, *l. jusjurandum* 2. *l. admonendi* 31. *ff. h. t. l.* 1. *pr. ff. quar. rer. act. non datur*, ac reo juranti exceptio jurisjurandi nascatur, sive in rem sive in personam actione conventus sit, *§. aque* 4. *Instit. de except. l. nam, posquam* 9. *§.* 1. *ff. h. t.* nisi ad judiciale accesserit insuper judicis sententia: quippe quo casu magis utilis rei judicatæ exceptio danda foret, arg. *l. actori* 8. *C. h. t. de reb. & cred. jurejur.* Observandum enim, sententiam quidem post præstitum judiciale jusjurandum plerumque sequi, *jusjurandum* 24. *§. ult. ff. h. t.* non tamen id necessitatis esse; cum ipsum jusjurandum transactionem contineat, *d. l.* 2. *l.* 31. *in fine ff. h. t.* transactio vero litem coeptam abunde dirimat atque decidat sine sententia subsequente, arg. *l. non exigimus* 2. *pr. ff. si quis caut. in judic. sist. caus. factis non obt.*

18. Quod si jus suum jurejurando actor asseruerit, in factum actionem ex jurejurando, vel subsecuta ad judiciale condemnatione, utilem rei judicatæ actionem habet *d. l. actori* 8. *C. h. t. §. item si quis* 11. *Inst. de action. l. nam postquam* 9. *§.* 1. *& §. ult. ff. h. t.* Quæ in factum actio semper in personam est, cum ex quadam conventione nasci videatur, ut post dicetur: atque insuper perpetua, licet adversus eum juratum sit, qui temporali actione conveniebatur, quia post litem cum eo contestatam obligatio temporalis adversus eum perpetuata fuit, *l. nam postquam* 9. *§. is, qui* 3. *ff. h. t.* Sed & in simplum ejus quod petitum est, etsi negotium, de quo juratum, tale sit, ut inficiatione lis crescat in duplum; quasi abunde sufficere petitori debuerit, quod exoneratus fuerit probationis ordinariæ necessitate, *l. eum, qui* 30. *pr. ff. h. t.* Quamvis de cetero hæc actio sit tantum adjectitia qualitas actionis pristinæ in rem vel in personam; sic ut in eam illa veniat, quæ publiciana actione, vel rei vindicatione, vel petitione hereditatis, vel emti judicio, aliove simili, actorem consequi oportere generaliter actionis cujusque natura declarat, sive de re principali, sive de accessionibus usuris fructibus partu aliisque quæstio sit, *l. sed si possessori* 11. *§.* 1. 2. 3. *l. si duo* 13. *§.* 3. 4. 5. *ff. h. t. l. sed & si* 7. *§. si petenti* 7. *ff. de publician. in rem act.* Unde & actionem pristinam neque novat neque tollit jusjurandum, sed magis actioni pristinæ hanc adjicit in factum actionem, *l. illud* 25. *§.* 1. *ff. de constit. pecun. d. l.* 7. *§* 7. *ff. de public. act. d. l.* 13. *§.* 3. 4. 5. *ff. h. t.* Ut proinde improprie jusjurandum ad novationis speciem referatur in *l. qui jurasse* 26. *§. ult. ff. h. t.* quod & Paulus non obscure in d. l. significat, dum non simpliciter asserit in jurejurando novationem esse; sed potius jurisjurandi conditionem *posse videri esse ex numero novandi delegandique.*

19. Verum uti jusjurandum ad partis delationem aut relationem interpositum juranti tum ad excipiendum tum ad agendum prodest; ita quoque eidem nocet, ac actio inde utilis ex æquitate adversus eum datur, quoties id jurejurando complexus est, quod implicat atque involvit ipsius jurantis obligationem. Qua ratione, si quis juraverit, *vendidisse me ei rem aureis centum*, non minus ipse utili actione venditi ex jurejurando ad rem tradendam, *l. si duo* 13. *§. si quis* 3. *ff. h. t.* Idemque dicemus, *si societatem se fecisse* juraverit, *d. l.* 13. *§. idem dicemus* 4. *ff. h. t.* Et, si juraverit, *se ob decem pignori dedisse fundum*, non modo a pignoratitia actione, seu pignoris repetitione, depellendus erit, donec decem velut debita solverit, & ex jurejurando suo ipsum ad decem conveniri posse magis probatum fuit, *d. l. §. Marcellus* 5. *ff. h. t.* denique, si juratum sit, usumfructum dari oportere, non aliter dandus erit, quam si jurans fructuariam præstiterit cautionem, *l. eum, qui* 30. *§. ult. ff. h. t.*

20. Interim, uti vulgo res inter alios acta vel judicata, sic & inter alios jurata aliis non nocet, *l. ait prætor* 1. *§. unde Marcellus* 3. *ff. h. t. l. nec filius* 7. *C. h. t. de reb. cred. & jurejur.* Quo fundamento, si petitor juraverit, possessore deferente, *rem suam esse*, danda ei actio duntaxat adversus illum, qui jusjurandum detulit, eosque, qui in ejus locum successerunt; contra alios ei jurisjurandi prærogativa nihil prodest, *l. nam, postquam* 9. *§. ult. l.* 10. *ff. h. t. l. sed & si* 7. *§. si petenti* 7. *de public. in rem act.* aut. si quis *hereditatem suam esse* juraverit, non proficiet ei jusjurandum præstitum, alio, quam qui detulerat, hereditarias res possidente vel petente; sed ex integro probare tenetur, se heredem esse, *l. sed si possessori* 11. *§. ult. in fine*, *l.* 12. *ff. h. t.* Quin &, si debitor obæratus jusjurandum in fraudem creditorum vel vero detulerit debitori, ut is juret, se non debere, vel ficto atque subornato creditori, ut is sibi deberi juret; exceptione vel replicatione creditorum fraudatorum se creditores fraudati contra jurisjurandi potestatem tueri poterunt, *d. l.* 9. *§. sed & si quis* 5. *ff. h. t.* Denique si privata furti vel alia simili actione conventus ad id quod interest, juraverit, se furtum non fecisse, non ideo minus judicio criminali per fisci advocatum ex moribus hodiernis pulsari potest exemplo eorum, qui, cum aliis privatis de delicto transegerunt, ut dictum *tit. de transact. n.* 20. Groenewegen ad *l.* 13. *§.* 2. *ff. h. t.* Contra quoque non prodest aliis, quam qui jurarunt, eorumque successoribus, *d. l.* 3. *§.* 3. *ff. h. t.* Qua ratione, cum ex duobus patronis unus liberto jusjurandum detulisset, isque jurasset, se libertum ejus non esse, non id alteri patrono proficiet ad id, ut ex asse patronus censeatur, aut ei ultra partem suam bonorum liberti defuncti possessio cedat; etsi tali in casu pro eo, quasi ex asse patrono præsumtio quædam militet: quo fit, ut dicatur, multum fidei & auctoritatis apud judicem habiturus, cum se solum esse patronum probare intendit, *l. si duo* 13. *pr. ff. h. t.*

21. Si tamen reus juraverit, se non debere, fidejussori quoque jusjurandum prodest, *l. in duobus* 28. *§.* 1. *l. ult. ff. h. t.* & viceversa præstitum a fidejussore jusjurandum reo principali proficiet; si modo fidejussor in rem juraverit, *non deberi*; nam si de sua tantum persona juraverit, quod *nempe fidejussor non sit*, aut quid simile reo principali nulla inde liberatio contingit, *d. l. in duobus* 28. *§.* 1. *ff. h. t. l.* 1. *§. si fidejussor.* 3. *ff. quar. rer. act. non datur.* Uno quoque reo debendi jurante, se non debere, jurisjurandi exceptio alteri reo debendi danda vide-

l. ex duobus 28. §. *ex duobus* 3. *ff. h. t.* & quod jusjurandum solutionis loco est, *l. jusjurandum etiam* 27. *l.* 28. §. 1. *ff. h. t.* dummodo & hic in rem juratum fuerit, arg. *d. l.* 1. §. 3. *ff. quar. rer. act. non datur*, *argum.* *l. fidejussoris* 23. *in fine*, junct. *l.* 24. *ff. de pactis*. Quemadmodum ex adverso in duobus stipulandi reis ab altero delatum jusjurandum etiam alteri nocebit, quo minus petat, sive socii sint, sive non, *d. l.* 28. *pr. ff. h. t.* Etsi enim pactum de non petendo ab uno reorum credendi cum debitore factum non obsit alteri stipulandi reo, *l. si unus* 27. *ff. de pactis* arg. *l. si duo rei* 34. *ff. de recep. is qui arbit. recept.* aliud tamen in jurejurando placuit, ea, ut opinor, ratione, quod leges Romanæ jusjurandum voluerunt judicii instar esse & pro judicio cedere, *l. qui jurasse* 26. §. *ult. l. tutor* 35. §. 1. *ff. h. t.* Lite autem per unum ex stipulandi reis contestata, reliquos velut occupatione quadam ab agendo exclusos esse, patet ex *l. fideicommissa* 11. §. *sic evenit* 21. *in fin. ff. de legatis* 3. *l. ex duobus* 16. *ff. de duob. reis constituendis*, *l. si rem* 31. §. 1. *ff. de novation.* quin & acceptilationis, novationis ac delegationis quandam speciem jurejurando comprehensum videri posse, illudque loco solutionis cedere, in locum solutionis succedere placuit, *d. l. qui jurasse* 26. §. *ult. l.* 27. *l.* 28. §. 1. *l. jusjurandum* 40. *ff. h. t.* solutione autem aut delegatione aut novatione uni vel ab uno stipulandi reo facta obligationem alterius quoque rei stipulandi intuitu perimi, manifestum est, §. 1. *Inst. de duoq. reis stipul. & promit. l. si rem aliquam* 31. §. 1. *ff. de novation.* quod non ita in pacto esse, tum ex *d. l.* 27. *ff. de pactis*, patet, tum præcipue ex *l. liberationem* 3. §. *nunc.* 3. *ff. de liberatione legata*. Diversum tamen dicendum erit, si unus ex pluribus debendi reis jusjurandum creditori detulerit, isque *sibi deberi* juraverit; quippe quo casu tantum adversus deferentem, non item alterum debendi reum, actionem in factum ex jurejurando jurans habere potest; cum res inter alios judicata aut jurata, alios non gravet secundum ante dicta; nec hic eadem, quæ, in superiori casu, ratio sit; dum illic unus pluribus stipulatoribus jurejurando æque ac judicio totam obligationem jure occupavit, sibique proprium fecit; hic vero unus debendi reus jusjurandum deferendo in se non transtulit totam obligationem passivam, neque etiam magis delatione jurisjurandi, quam novatione alterum debendi reum obstringere potuit, arg. *l. si rem* 31. §. 1. *ff. de novation.* junct. *l. qui jurasse* 26. §. *ult. ff. h. t.* Ant. Faber in *rationalibus ad l.* 28. §. 3. *ff. h. t.*

22. Strictam quoque jusjurandum quam maxime recipit interpretationem, ne extendatur ultra rem aut casum, de quo juratum est. Unde, si quis juraverit, se non rapuisse, non debet adjuvari hoc jurejurando in actione furti, vel condictione; quia aliud est furtum fecisse, quod vel clam fieri potest, *l. in duobus* 28. §. *si quis* 5. *ff. h. t.* Uti vice versa, si actor deferente reo juraverit, sibi furtum factum esse, furti quidem actionem, at non statim etiam condictionem furtivam nanciscitur, quippe quæ non contra omnem furem datur; non utique contra eum, qui solo consilio sine ope furtum juvit, *d. l. in duobus* 28. §. *pen. ff. h. t.* junct. *l. proinde* 6. *ff. de cond. furt. l. sæpe ita* 53. §. *ult. ff. de verb. sign.* Et si uxor juraverit *divortii causa res non amovisse*, jurisjurandi auxilio tuta non erit, si postea in rem actione de restituendo conveniatur, *d. l.* 28. §. *quæ juravit* 7. *pr. ff. h. t.* Idemque est, si actor reo jusjurandum detulerit de constituta pecunia, isque juraverit, se non constituisse; postea enim ex principali seu priore obligatione, quam constitutum præquirit, conventus, exceptione jurisjurandi tueri sese nequit, nisi & de hac juratum sit, *l. si actor defera.* 36. *ff. h. t.* Et, si quis noxali vel alio conventus judicio tanquam possessor, juraverit, se non possidere, ac postea nactus sit possessionem, pati denuo teneatur actionem, nec jurisjurandi præstiti obtentu tutus est, *l. quotiens* 21. §. *ult ff. de noxal. action.* Denique si possessor rei juraverit, *rem petitoris non esse*, jurisjurandi exceptione quidem uti potest contra petitorem, quamdiu in possessione est; at si possidere desierit, & ad petitorem possessio pervenerit, nullam ex jurejurando tali actionem contra pristinum petitorem habet: secus, quam obtineret, si jurasset *rem suam esse*, *l. sed si possessori* 11. *ff. h. t.* De cetero jurisjurandi exceptio, & effectus ejus, non tantum locum habet, si ea actione quis utatur, cujus nomine exegit jusjurandum; sed etiam, si alia: si modo eadem quæstio in posterius judicium deducatur; & ea posterioris actionis natura sit, ut per priorem posterior consumatur, *l. in duobus* 28. §. *quæ juravit* 7. & §. 8. *ff. h. t.* etiamsi forte prior actio tantum rei persecutoria esset, posterior pœnæ quoque contineret persecutionem. Hinc si colonus, cum quo propter succisas forte arbores agebatur ex locato, juraverit, *se non succidisse*, sive ex lege duodecim tabularum de arboribus succisis, sive ex lege Aquilia damni injuria, sive interdicto quod vi aut clam postea conveniatur, per exceptionem jurisjurandi defendi potest, *d. l. in duobus* 28. §. *colonus* 6. *ff. h. t.*

23. Præstationi jurisjurandi similis est, eosdemque effectus habet, remissio ejus, facta ei, qui ad delationem aut relationem adversarii illud susceperat ac jurare paratus erat, dum deferens aut referens suscepti jurisjurandi voluntate conventus est, *l. remittit* 6. *l. nam postquam* 9. §. *jurejurando* 1. *ff. h. t. l. actori* 8. *C. h. t. de reb. cred. & jur.* Qualis remissio non nisi per eos, qui & deferendi jus habent, fieri potest, arg. *l. jurisjurandi* 32. *ff. h. t.* sed quo minus etiam absenti & ignoranti vel per nuncium vel per epistolam fiat, nihil vetat, *l. Labeo* 41. *ff. h. t.* Quamvis enim verum sit, etiam promissorii jurisjurandi jam præstiti gratiam ab adversario fieri posse, non modo præsenti sed & absenti per epistolam & ignoranti, nec male ad istum quoque casum *d. l.* 41. dispositio trahatur: tamen falli in eo Ravardum existimo, quod non nisi ad jusjurandum promissorium jam præstitum *d.* legis 41. decisionem spectare autumavit, *l.* 5. *varior. cap.* 2. Multum interim inter jurisjurandi assertorii suscepti, sed nondum præstiti, & promissorii jam præstiti, vel jam præstiti assertorii, remissionem interest: qui enim necdum præstitum sed susceptum remittit, efficit secundum superius dicta, ut omnia eo loco habeantur, quasi illud vere præstitum sit, at cum remittitur, quod jam præstitum est, omnia deinceps eo incipiunt esse loco quasi nunquam jurisjurandi religio intercessisset; sic ut hac ratione depereat in universum

sacramenti vis, arg. *l. ult. in pr. ff. ad municipalem.*

24. Sed, uti remissio jurisjurandi suscepti pro jurejurando est, ita quoque mortem illius, cui delatum est, præstationis effectum sortiri, tradunt pragmatici; si modo illud sibi delatum jam susceperit, sed mortalitatis interventu præstare impeditus sit: nam si jusjurandum delatum, sibi præstare recusaverit, &, cum propterea condemnatus appellasset, pendente appellatione fato functus sit, magis est, ut non perinde habeatur ac si juratum esset, Christinæus *ad leg. Mechlin. tit* 16. *art.* 41. *n.* 3. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 42. Mynsingerus *cent.* 1. *obs.* 13. Confer Ant. Fabrum *de error. pragmat. decad.* 19. *errore* 10.

25. Porro tanta tamque potens jurisjurandi ad adversarii delationem aut relationem præstiti efficacia est, ut regulariter post illud non amplius inquiratur, an debeatur; sed magis id unum, an, & quatenus juratum sit, *§. item si quis* 11. *instit. de action. §. æque* 4. *Instit. de except.* sic ut nec appellandi facultas ultra supersit, licet sententia judicis ad hoc jusjurandum subsecuta sit, *l. pen. §.* 1. *&* 3. *C. h. t. de reb. cred. & jur.* Fachineus *controv. lib.* 1. *cap.* 23. Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 15. *def.* 7. nec propter instrumenta noviter reperta, aut perjurii prætextu, jusjurandum rescindatur, *l.* 1. *C. h. t. de reb. cred. jur. l. admonendi* 31. *in fine ff. h. t. l. quod si, deferente* 21. *ff. de dolo.* Quorum ea ratio est, quod in omni jurisjurandi relatione conventio seu pactio conventa comprehenditur, *l. sed & si servus* 25. *l.* 26. *§. ult. l. tutor* 35. *§.* 1. *ff. h. tit.* eaque conditionalis, qua actor quidem deferens aut referens promittit, se ab ulteriore persecutione destituturum, si modo reus juraverit, rem suam esse quæ petitur, vel se nihil debere, reus vero deferens, aut referens, se id quod petitur, soluturum vel restituturum spondet, si actor juraverit, rem suam esse, aut sibi deberi; unde & non uno loco dicitur deferri, suscipi, referri, displicere *conditio* jurandi, *l. ait prætor* 3. *d. l. qui jurasse* 26. *§. ult. l. jus.* 34. *§. datur autem* 7. *ff. h. t. l. delata* 9. *C. h. t. de reb. cred. & jur.* Quemadmodum ergo in stipulatione pœnali, quæ facti stipulationi subjuncta est, non quæritur, an & quo usque intersit, sed id unum, quæ sit quantitas quæque conditio stipulationis, propter conventionis potestatem, *l. stipulatio ista* 38. *§. alteri* 17. *in fine ff de verbor. obligat.* ita quoque hic in pacto tacite prætorio, actionem in factum producente, id unum inspicitur, an, & quid juratum sit; quippe quo ipsa impleta censetur conditio illa, ex qua vel actoris vel rei obligatio ex conventione suspensa erat. Quo etiam facit *l. si quis cum* 39. *ff. h. t.* Nec est quod quis regerat, pejerantem in dolo esse, eumque sic ei contra jura profuturum. Primo enim illud constat, non semper utique a dolo, sed & non raro ab errore & temeritate quadam perjuria proficisci. Sed & secundo, si doceri evidenter possit, ab initio per dolum malum pejeratum esse, dubium mihi nullum est, quin tunc doli actione vel exceptione consulendum ei sit, qui ex perjurio adversarii doloso damnum passus aut passurus est. Cum enim secundum jam dicta jurisjurandi delatio, aut relatio quandam contineat conventionem seu pactionem conventam conditionalem, & generaliter placuerit, initas dolo malo conventiones aut nullas esse, aut per actionem vel exceptionem doli, aut per judicium bonæ fidei, pro cujusque conventionis natura, oportere infirmari, *leg.* 1. *§.* 1. *l. & eleganter* 7. *pr. & §.* 3. *& tot. t. ff. de dolo malo*, consequens est, nec perjurium dolosum debere ratum manere. Maxime, si consideres, jurisjurandi hujus & transactionis eandem esse vim, imo jusjurandum transactionis speciem continere, & utrobique fieri causæ decisionem, *l.* 2. *l. admonendi* 31. *in fine ff. h. t.* Si enim illis in casibus, quibus dolus transactioni causam dedit, dum vel fraude adversarii instrumenta suppressa sunt, quibus non suppressis transactio non fuisset subsecuta, vel alia quacunque ratione evidens alterutrius transigentis calumnia detegitur, transactio imperfecta vel saltem infirmanda sit, *l. in summa* 65. *§. & quidem* 1. *ff. de condict. indeb. l. sub. prætextu* 19. *C. de transactio.* quid ni idem dicamus in jurejurando, pari velut passu cum transactionibus ambulante? Unde nec huic nostræ assertioni Ulpianus adversatur, dum negat perjurio postea approbato actionem de dolo dandam esse, quasi religioni standum sit, sufficiatque in pejerantem perjurii pœna, *l. quod si, deferente* 21. *l.* 22. *ff. de dolo*, cum lex illa de iis accipienda sit, qui initio quidem bona fide juraverant, deinde autem, detecto perjurio fraude non carebant, retinentes ea, quæ secundum jusjurandum ipsis soluta erant, arg. *l. si quis, cum aliter* 36. *ff. de verb. obligat.* quo casu merito definitum ab Ulpiano fuit, actionem de dolo dandam non esse, *quia per jus transactum videtur*, *d. l.* 21. Nam & in transactione id receptum est, ut ob dolum postea demum supervenientem haud infirmetur; nec reddi debeant, quæ transactionis nomine accepta sunt, etsi postea probetur, *nullam rem mediam fuisse*, id est, aliam nullam subfuisse transigendi causam, præter litem ab adversario non jure motam, adeoque accipiens, hoc detecto, videatur sciens prudens aliena cum jactura velle locupletari, retinendo ea, quæ perjurio quæsita; si modo ab initio calumnia dolusque desit *d. l.* 65. *§.* 1. *ff. de condict. indeb.* licet alias vulgo exceptio doli locum etiam habere possit, cum ab initio dolus defuit, si quis postea, cum petit, in dolo sit, *d. l.* 36. *ff. de verbor. oblig.*

26. Ne quis autem usque adeo insolitum esse putet, quod jusjurandum ex delatione aut relatione præstitum viribus careat, sciendum est, aliis quoque modis id fieri posse, ut sua jurijurando non constet auctoritas. Si enim non inspectis testamenti tabulis quis sibi quid legatum esse juraverit, iis vero deinceps inspectis nihil relictum inveniatur, nihil quoque jurans ex suo perjurio, ut bona fide interposito, consequitur, majorque supremæ defunctorum voluntatis, quam jurisjurandi ratio est, *l. ult. C. h. t. de reb. cred. & jur.* idque rursus exemplo transactionis, quam, non inspectis testamenti tabulis, inutilem esse super relictis per testamentum, dictum est, *tit. de transact. num.* 12. Et, si prius actor reo deferente juravit *sibi deberi*, reus deinde actore deferente, *se non debere* jurato affirmet, aut vice versa, posterior causa jurisjurandi potior habebitur, *l. in duobus* 28. *§. ult. ff. h. t.* Idem juris est, si post jusjurandum præstitum controversia oriatur, an juratum sit, & adversarius, delato sibi jurejurando, juratum neget, *l. quod si juravi* 29. *ff. h. t.* Probato quoque

perjurio, ratum non manet jusjurandum, etiamsi bona fide præstitum, quoties in delatione aut relatione hoc specialiter lege adjecta cautum est, ut perjurii prætextu retractari possit, *l.* 1. *C. h. t.* Sed nec jurisjurandi effectum consequetur, qui juravit, deberi sibi rem, quæ jam extincta est; nisi ob antecedentem dolum, culpam aut moram æstimatio debeatur, *l. eum, qui* 30. *§. si juravero* 1. *ff. h. t.* Denique inutile est jusjurandum præstitum, si ab eo, cui jus inde quæsitum, remissum sit, ut supra dictum est *n.* 25.

27. Hactenus de voluntario ac judiciali. Necessarium jusjurandum dico, quod ob defectum probationis, seu in causis dubiis, judex, parte etiam non petente, defert, actori vel reo, *l. admonendi* 31. *ff. h. t.* quod ab interpretibus *purgatorium* appellari solet, si reo deferatur, ut se purget a suspicionibus contra se natis: *suppletorium vero*, si vel actori deferatur ad supplendas non satis sufficientes intentionis suæ probationes, vel reo ad firmandam suæ exceptionis probationem, per se non modis omnibus plenam ac efficacem. Locus autem est huic delationi in causis civilibus, non criminalibus, quoties criminaliter ad pœnam capitalem aut corporalem (etiam hodierno jure ad infamiam) irrogandam contenditur; quippe in quibus quæstioni ad veritatem indagandam locus est *tit. ff. de quæstion.* & luce meridiana clariores desiderantur probationes, *l. ult. C. de probation.* ac perjurium, atque adeo nova criminis adjectio, merito metuitur, dum creditur, ignoscendum esse ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemtum voluit, arg. *l.* 1. *ff. de bonis eor. qui ante sent. morti sibi consc.* Fachineus *controv. lib.* 1. *cap.* 15. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 43. Ant. Matthæus *de criminibus lib.* 47. *tit. ult. cap.* 1. *num.* 6. Berlichius *concl. pract. part.* 1. *conclus.* 29. *num.* 43. & 48. Adde Menochium *de arbitr. judic. libr.* 2. *casu* 464. Zangeri orationem, *de controversia utrum reus in delictis sub juris. fide interrogari debeat*, *post tract. de torturis*. Plane, si non nisi ad pœnam pecuniariam tendat criminis persecutio, ut judicialis jurisjurandi delatio aut relatio tunc improbata non est, veluti de furto, rapina, aliisque similibus, secundum ante proposita; ita quoque per judicem in subsidium deferri hoc necessarium, nihil vetat, Ant. Faber *C. de lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 43. quo fundamento nititur, quod, quoties civiliter agitur ad pœnam pecuniariam actione injuriarum, non purgatorii tantum, sed & suppletorii jurisjurandi delatio arbitrio judicis in praxi probata est, sive quis factum neget, sive animum injuriandi, Neostadius *Cur. Holland. dec.* 57. *in med.* Boerius *decis.* 86. Joh. Papon *lib.* 9. *t.* 6. *arrest.* 10. Jacob. Coren *consil.* 20. *in notis*, Berlichius *conclus. pract. part.* 1. *concl.* 29. *num.* 42. Quin &, si ad palinodiam agatur, vix est, ut non idem dicamus (licet aliud in Saxonia servetur), cum nec injuriarum recantatio recantantem ac pœnitentem infamem hodie efficiat, Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 65. *num.* 3. & *seqq.* Mynsingerus *cent.* 2. *observ.* 98. Berlichius *d. part.* 1. *conclus.* 29. *num.* 45. & *seqq.* Similiter in causa fraudati census jusjurandum purgatorium ei, qui fraudasse dicitur, sed non satis probatur, imponi a judice moribus nostris constitutum est; si modo quædam suspicionis causa subsit, Jacobus Coren *consil.* 20. imo & ipsis publicanis suppletorium deferri, si quid plenæ probationi fraudationis desit, scripsit Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 37. Quo tamen non facile a judice deveniendum puto, ubi illud Ulpiani consideraverit, neminem scilicet esse, qui nesciat, quantæ audaciæ, quantæque temeritatis, sint publicanorum factiones, edictis compescendæ magis, quam adjuvandæ, *l. quanta* 12. *ff. de public.*

28. Quia vero Gajus in *d. l.* 31. *ff. h. t.* scripsit, solere sæpe judices *in dubiis causis*, exacto jurejurando, secundum eum judicare, qui juravit; orta inter interpretes est disputatio, quando causa censenda sit dubia, ad id, ut judici ad delationem sacramenti procedere liceat: aliis quidem eam solam dubiam esse contendentibus, cum utrimque probatio plena est; aliis etiam tunc, cum aliquid, sed minus plene, probatum est, judicem jusjurandum alterutri tanquam in causa dubia deferre posse extimantibus. Quorum posteriorum sententia, uti quotidiana praxi comprobata est, ita quoque rationi convenientior, nec in Romani juris fundamenta incurrit, ut docet Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 44. Neque enim novum in jure nostro est, ut plura per se non satis perfecta, aut valida, aliunde juventur, sicque adiuta vires majores acquirant; etiam ipsarum probationum intuitu: dum satis aperte rescriptum est, instrumenta domestica, seu privatas testationes, aut adnotationes, aut rationes, si non aliis quoque adminiculis adjuventur, per se sola ad probationem non sufficere, *l. instrumenta* 5. *l.* 6. *C. de probation.* a contrario ergo, si aliunde adjuta sint, plenam poterunt fidem facere. Nec facile quis inficias iverit, unius tantum testis fide digni depositione interveniente, inopiam quidem probationis esse, sed dubiam nihilominus judici fieri veritatem ejus, quod unus ait, negat alter; cujus hæsitationis tollendæ gratia si deinde judex jusjurandum alterutri detulerit, an non obsecro in *causis dubiis ob inopiam probationum* jusjurandum defert, adeoque id ipsum facit, quod Gajus sæpe solitum fieri oportere Imperatores constituerunt in *l. in bonæ* 3. *C. h. t. de reb. cred. & jur.* Vide, si lubet, latius Vinnium *d. loco*, Fachineum *controvers. lib.* 1. *c.* 18. Hinc, si suam actor intentionem plene probaverit, reus vero exceptionem suam oppositam, veluti solutionis, pacti de non petendo transactionis aut similem uno teste, iniquum non fuerit, jusjurandum alterutri litigantium deferri per judicem super exceptionis objectæ & quadantenus probatæ veritate; eo quod intentio actoris, debitum nempe contractum esse, & allegatio rei de eodem illo debito soluto, pactove ne petatur, inter sese non ita pugnant, quin utrumque possit verum esse, imo reus ipse, solutionem aut pactionem de non petendo proponens, ne negare quidem præcedens verum debitum intelligatur; etsi nec videatur confiteri, arg. *l. non utique* 9. *ff. de exception. l. si quidem* 9. *C. eod. tit.* junct. *l. qui tacet* 142. *ff. de reg. juris*. Quod si utrinque plene probatum sit, dum actor intentionem & reus exceptionem docuit testibus duobus fide dignis, aut plenam fidem facientibus instrumentis, veluti solutionem, transactionem, pactionem de non petendo, non aliæ judicantis partes esse possunt, quam ut omni omissa jurisjurandi delatione, reum simpliciter ab actoris absolvat intentione, arg. *d. l.* 9. *C. de exception. pr.* & *tot. t. instit. de exception. l.* 1. *ff.*

de exception. l. nihil interest 112. *ff. de reg. juris*. Sed si actoris reique probationes ita sibi oppositæ sint & inter se pugnantes, ut alterutram falsam esse necesse sit, veluti si Mævius instrumento publico probetur Titio stipulanti centum aureos Calendis Januariis Romæ promisisse, idem vero Mævius instrumento simili doceat, se toto illo die alibi fuisse, atque ita Romæ non promisisse; fungo sane persuaseris, non homini, causam hanc ea ratione non maxime dubiam esse judici, incerto prorsus, actorisne an rei documenta falsitate laborent. Cui consequens, ut & hic alterutri jusjurandum deferre possit, & sic secundum eum, qui juravit, judicare. Errant sane, qui pugnantes eo modo probationes utrimque adductas omnibus destitui viribus opinantur. Quin potius, cum alterutram falsam esse necesse sit, id unum ista probationum pugna efficit, ut judex, qui singulis probationibus seorsim consideratis plenam potuisset fidem adhibere, nunc quasi positus in medio incertus plane dubiusque hæreat, quibus magis credendum sit, nullumque tali ambiguitati tollendæ, nisi in solo jurejurando, remedium habeat. Toties enim probationum inopia est, quoties probationes vel ab initio sufficientes non sunt, vel cum initio inspecto sufficientes quidem essent ad plenam judici fidem faciendam, tamen propter alias in contrarium adductas, ac eum prioribus directo pugnantes, desinunt plenam judici fidem facere, Bronchorst *enant. cent.* 1. *assert.* 93. vers. *secundo*. Et quamvis in testamentis aliisque similibus verum sit, eorum, quæ inter se pugnantia sunt, neutrum ratum esse, *l. ubi pugnantia* 188. *ff. de reg. juris*, atque ita probationes quoque pugnantes ad sententiam secundum eas ferendam efficaces non sint; tamen id non impedit, quo minus harum alterutra jurejurando adjuta firmitatem acquirat. Nec recte hunc casum, quo utrimque plena sed pugnans probatio est, ei comparaverit, quo neque ab actore neque a reo quicquam probatur, quo in casu cessare hujus jurisjurandi delationem, & absolutionem sequi oportere certum est, *l. qui accus.* 4. *C. de edendo*, cum probatione in universum deficiente, causa judici haudquaquam dubia facta sit; contra vero maxime dubia, quando utrimque talia producuntur, quæ seorsim singula plene probant, nec certa judici ratio constat, cur hæc magis, quam illa, vera putet.

29. Positis terminis habilibus, deferri a judice potest hoc jurejurandum non modo petente alterutro vel utroque litigantium, sed & utroque nihil tale desiderante, atque etiam post conclusionem in causa; tum, quia leges hanc delationem stabilientes non distinguunt, ut videri potest in *d. l. admonendi* 31. *ff. h. t. l. in bonæ fidei* 2. *C. de reb. cred. & jurejur.* tum quia judex interrogationes facere potest, quotiescunque æquitas eum moverit, *l. pen. ff. de interrog. in jure faciendis*, species autem interrogationis esse videtur jurisjurandi delatio, quatenus juraturus rogatur, an vera sint, de quibus jubetur jusjurandum præstare; tum denique, quia secundum juris civilis ac canonici decisionem judicis officium est usque ad sententiam cuncta rimari, ac sedulo perquirere in gestorum veritatem, quo liti secundum justitiam finis imponatur, *l. judices* 9. *C. de judiciis, cap. cum Johannes* 10. *extra, de fidei instrument.* Fachineus *controv. lib.* 1. *cap.* 16. 17. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 108. Berlichius *conclus. pract. part.* 1. *conclus.* 53. *num.* 41. *& seqq.* Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 23. *defin.* 1. *&* 9. An vero actori, an reo potius, deferendum sit, providi præcipue ac circumspecti judicis æstimatio est, prout pleniores debilioresve deprehenderit productas probationes, graviores aut leviores præsumptiones pro altero vel contra eum militantes, magis fide dignam actoris vel rei personam. Neque enim satis tutum existimo, definiri simpliciter quæstiones illas, an suppletorium deferendum ei sit, qui unius mulieris, aut unius testis sibi sanguine juncti vel familiaris testimonio probavit illud, de quo quæritur; vel semiplene probavit, sed adversus se militantem habet juris præsumtionem, & quæ sunt alia hujus generis plura. Confer Mynsingerum *cent.* 5. *observ.* 68. Tiraquellum *de leg. Connubial. ad l.* 9. *gloss.* 1. *part.* 9. *n.* 73. 74. Busium *de offic. judicis cap.* 4. *num.* 30. 31. Fachineum *libr.* 1. *controvers. cap.* 18. Merulam *praxi lib.* 4. *tit.* 71. *cap.* 1. *n.* 11. 12. 13. 14. Carpzovium *def. for. part.* 1. *constit.* 23. *defin.* 3. 4. 5. *& seqq.* Plures certe causas, & casus, quibus vulgo traditur, suppletorium non oportere jusjurandum deferri, recenset Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 44. Berlichius *part.* 1. *conclus. pract.* 54. inter quos & ille est, si præscriptio per eum, qui illam allegat, semiplene probata sit, Faber *d. defin.* 44. *num.* 11. Berlichius *d. conclus.* 54. *num.* 42. 43. Si certus testium numerus, aut scriptura, per modum solemnitatis ad actum aliquem per leges aut mores desideretur, & quid in actu gesto, veluti testamento, desit, arg. *l. si unus* 12. *C. de testam.* Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 44. *in med.* Berlichius *d. conclus.* 54. *num.* 54. 55. 56. aut si de consuetudine probanda laboretur; ut dixi *tit. de legibus n.* 33. Idemque nolunt, si de consanguinitate probanda agatur, cum inter duos, quasi defuncto proximos de legitima hereditate quæstio est, Leeuwen *cens. forens. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 29. *n. ult. in fine.*

30. Quicquid autem ejus rei sit, illud expeditum est, tunc, cum a judice defertur litigantium alterutri jusjurandum, id ea esse præstandum forma, qua judex detulit, arg. *l. ait prætor* 3. *§. ult. l. jusjurandum* 34. *§. pen. ff. h. t.* præsente, aut citata saltem adversa parte, arg. *l. generaliter* 12. *§. his de* 4. versu *licentia danda C. h. t. l. judices* 18. *C. de fide instrum.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 6. *in fine*, Merula *praxi libr.* 4. *tit.* 71. *cap.* 3. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 176. sic ut relatio jurisjurandi hic locum non inveniat, sed omnino is, cui id delatum est, præstare teneatur, alioquin interveniente judicis deferentis sententia casurus illo jure, quod obtinuisset, si jurasset secundum delationem. Cum enim jusjurandum hoc necessarium præstitum probationis instar sit, & perinde habeatur quod juratum est, atque si probatum esset, ac propterea judex secundum eum, qui juravit, judicare jubeatur, *l. admonendi* 31. *ff. h. t. l. sed si possessori* 11. *§. si, cum* 3. *ff. h. t.* consequens e contrario est, contra eum, qui jurare detrectaverit, judicandum esse. Quod & cautum decreto Curiæ Hollandicæ 28. *Martii* 1598. *vol.* 2. *placitor. Hollan. pag.* 1427. Nec iis, quæ de hoc jurejurando non referendo dixi, repugnat *l. generaliter* 12. *§. sed juramento* 1. *C. h. t. de reb. cred. & jurej.* Etenim diffiteri quidem non

possumus, obscuriora, & intricata esse verba textus illius, ac de necessario quoque jurejurando sermonem illic esse: sed tam nihil vetat, ea, quæ de relatione ibi traduntur, restringere ad jusjurandum illud, quod a parte parti delatum est; sic ut præstatio quidem jusjurandi ibidem proposita omni jurijurando communis sit, relatio vero propria solius istius quod a parte illatum est; tum quia relatio non recte fit, nisi inferenti; tum quia ratio in *d. l.* 12. §. 1. proposita, quod nempe *ferendus non sit, ad appellationis veniens auxilium in his, quæ ipse facienda procuravit*, non quadrat satis in omnes jurisjurandi species, sed tantum in id, quod a parte illatum est; quippe quod faciendum pars procuravit, non item illud, quod judex detulit, Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *c.* 43. *post med.* Interim a sententia, post delationem jurisjurandi a judice factam lata, appellandi facultas ei superest, qui succubuit, dum vel ipse jurare secundum judicis præscriptum recusavit, vel contra eum ab adversario ex judicis delatione juratum fuit; eo quod hoc jusjurandum transactionis speciem non continet, *d. l. generaliter* 12. §. *sin autem* 2. *C. h. t. de reb. cred. & jurejur.* junct. *l. admonendi* 31. *ff. h. t.* Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 15. *defin.* 8. Quo fundamento etiam nititur, quod jure hujus jurisjurandi rescissio petitur, ut ex integro causa agatur, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usurus est, *d. l. admonendi* 31. *ff. h. t.* Etsi enim alias sub obtentu novorum instrumentorum restitui negotia minime oporteat, *l. Imperatores* 35. *ff. de re judic.* jure tamen singulari contrarium placuit, quoties ex jurejurando necessario sententia lata est, eo quod illud non nisi subsidiariam probationem facit, aliis demum ordinariis probationibus deficientibus admittendam: ut proinde nec mirum sit, si, ordinariis aliis deinceps apparentibus, hoc fidem perdat, illisque cedat.

31. Etsi autem moribus hodiernis jurisjurandi voluntarii, seu extra judicium adversario delati, nulla vis sit, ac perinde habeatur, ac si quis jurasset, nomine ei jusjurandum deferente, quod jure Romano prætor non tuebatur, *l. ait prætor* 3. *pr. ff. h. t.* & id, quod in judicio defertur parti ab adversario, nec præstari nec referri debeat, sed recusari possit sine turpitudinis manifestæ nota, donec judex decreverit illud præstandum aut referendum esse, atque adeo probaverit delationem, Hugo Grotius *manud. ad juris. Holl. lib.* 3. *c.* 50. *n.* 3. Groenewegen ad *l.* 28. §. *ult. ff. h. t. n. ult.* Leeuwen *cens. for. p.* 1. *lib.* 1. *c.* 29. *n.* 32. *in fine*, crudius tamen sentire videtur idem Groenewegen ad *l.* 12. §. 1. *C. h. t.* cum nullum in praxi nisi necessarium jusjurandum, nunc notum esse arbitratur; ideoque & appellationem admittit a sententia lata ex jurejurando per partem parti delato vel relato ex judicis comprobatione, & propter instrumenta noviter reperta rescissionem. Tametsi enim haud negaverim, transactionis calumniosæ exemplo perjurium quoque dolosum rescindi posse, impetrato in id a Principe, vel Curia suprema, restitutionis auxilio, ut supra dictum est: tamen dolo in pejerante non probato, vix est, ut rescissionem impetret, qui ipse deferendo probavit jurandi conditionem. Cum ex adverso id, quod solius judicis voluntate delatum est, etiam non probato dolo pejerantis, facilem recipiat ob instrumenta noviter reperta infirmationem; dum is, cui nocuit perjurium, videri non potest comprobasse hoc in casu conditionem jurandi, aut per eam transegisse.

32. Perjurium interim Romani non prorsus impunitum prætermiserunt, etsi judicaverint contemtam jurisjurandi religionem satis Deum ultorem habere, *l.* 2. *C. h. t. de reb. cred. & jurejur.* junct. *l. nam sufficit* 22. *ff. de dolo*, nam & infamia perjuros notatos legimus, *l. si quis major* 31. *C. de transact.* & extra ordinem verberatos, criminis falsi ac stellionatus reos postulatos, atque ad damnum perjurio aliis illatum reparandum condemnatos, *l. ult. ff. stellionatus*, *l. qui falsa* 13. *C. de testibus*, *l. si duo* 13. §. *ult. ff. h. t.* Confer Rævardum *lib.* 2. *var. c.* 3. Besoldum *in delibatis juris ad pand. h. t. n.* 7. Ex moribus hodiernis non infrequens amputatio digiti aut digitorum primorum, quibus in cœlum elevatis perjurium præstitum; frequentior arbitraria coercitio. Vide Groenewegen ad *l.* 2. *C. de reb. cred. & jurejur. n.* 6. & *seqq.* Ant. Matthæum *de criminib. libr.* 47. *tit. ult. cap.* 2. Quibus tamen pœnis afficiendus non videtur, qui ad pejerandum quidem sese paratum professus est, sed necdum re ipsa jusjurandum præstitit; eo quod non nisi in gravissimis quibusdam criminibus jure Romano obtinuit, ac vix unquam hodie obtinet, tentatum crimen eodem modo, quo perfectum, puniri. Uti nec, qui non dolo malo, sed errore quodam perjurium præstitit; cum vulgo traditum sit, affectum distinguere maleficia: sed potius utroque in casu mitior quædam arbitrio judicis coercitio imponenda. Potestque illa bona fides jurantis præsumi ex lucro exiguo inde sperato, spontanea lucri post compertum errorem redditione, moribus, facultatibus, & vita anteacta jurantis, Responsa Jurisc. Holland. *part.* 1. *consil.* 326. & 328. & *part.* 4. *consil.* 355.

TITULUS III.

De in Litem Jurando.

SUMMARIA.

1. *Jusjurandum in litem duplex est, aliud veritatis, aliud affectionis. Probatur, notum esse jusjurandum veritatis. In quibus actionibus, & in quibus rebus, ac ex quibus causis, locum habeat; quid juris, si is, cui judex id detulit, jurare nolit?*
2. *Quid sit jusjurandum in litem affectionis? locus ei non est ob culpam levem.*
3. *Defertur a solo judice; actori domino, vel qui suo nomine litem est contestatus. An & tutoribus in causa pupilli? an non matri, si ea tutrix sit? An & heredibus? Quid si is, cui defertur, jurare declinet?*
4. *Juratur contra eum, qui non dolo non restituit aut exhibet. An contra heredem ejus; & quid si ipse heres dolum fecerit; An & contra fidejussores?*
5. *Defertur in judiciis bonæ fidei & arbitrariis in rem aut in personam, quibus de restituendo aut exhibendo agitur, non in iis, quibus de tradendo, vel de sola indemnitate agitur: nec in strictis juris actionibus.*
6. *In infinitum jurari potest. An judex possit taxa-*

tionem adjicere? an in minus damnare, quam juratum? an post sententiam æstimationis eandem minuere?

7. *An ei, contra quem juratum, actiones cedendæ sint?*

8. *An, & quo usque moribus nostris jusjurandum in litem locum habeat?*

1. JUsjurandum in litem generaliter consideratum est, quo propter dolum aut culpam adversarii non restituentis, aut exhibentis, aut solventis, aliquis rem suam aut sibi debitam æstimat. Et vel veritatis est, vel affectionis. Veritatis jusjurandum in litem dicitur, quod a judice defertur actori, si res in judiciis bonæ fidei, stricti juris, & arbitrariis non restituatur vel exhibeatur culpa adversarii; aut etiam dolo in judiciis stricti juris perierit deteriorve facta sit, aut non solvatur, reddatur, exhibeaturve. Eoque res æstimanda ex communi hominum opinione, quanti vere est, seu quanti vere interest actoris: ac præstari solet non a dominis tantum, sed & ab aliis, qui domini non sunt, veluti patronis, quorum in fraudem res a libertis alienatæ sunt, Flaviana vel Calvisiana actione revocandæ, *l. tenetur* 5. §. 1. *ff. si quid in fraud. patroni*, uti & illis, quibus mora facta est ratione rei ex stipulatu vel alia simili causa debitæ, ac inter moram peremtæ, *l. in actionibus* 5. §. *ult. ff. h. t.* etiamsi fungibilis forte res esset, adeoque ipsa etiam numerata pecunia, quoties de eo quis jurat, quod sua interfuit nummos sibi sua die radditos esse, *l. nummis* 3. *ff. h. t.* vel de impensis litis victori reddendis quæstio est, nec præcise de erogatis constat; in quantum tunc victor, post præmissam judicis taxationem, definit jurejurando suo impendiorum quantitatem, *nov.* 82. *cap. oportet* 10. Denique & in furti actione, dum is, qui furtum passus est, jurat, *rem tanti fuisse cum furtum fieret*; ut ita æstimationis istius duplum aut quadruplum actione furti consequatur, *l. cum furti* 9. *ff. h. t.* Neque id negat *l. in furti* 50. *ff. de furtis*, quippe quæ tantum excludit æstimationem affectionis aut ejus quod interest, verumque rei pretium vult duplicari aut quadruplicari. Si tamen deferente judice actor jurare declinet, (forte perquam timidus metu divini numinis usque ad superstitionem; juxta *l. quæ sub conditione* 8. *ff. de condit. Instit.*) ipse judex æstimabit, arg. *l. quod si possessor* 71. *ff. de rei vindicat.* imo, si judex satis commode æstimationem facere possit, non recte huc veritatis jusjurandum in litem actori defert, *l. videamus* 4. §. *ult. l.* 5. §. *ult.* junct. 6. *ff. h. t.* Frustra vero Wissenbachius est qui *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disp.* 24. *n.* 44. hoc veritatis jusjurandum in litem dari negat, quia *jusjurandum in litem* & *quanti ea res est* in jure opponuntur, ut non possit jusjurandum veritatis sub jurejurando in litem contineri, *l. tutor.* 8. *ff. h. t. l. is, qui* 2. *C. h. t.* Etenim novum non est, ea, quæ sibi invicem opposita sunt, tamen sub eodem genere, nomen unius speciei habente, contineri, uti id in adrogatione & adoptione, cognatione & agnatione, sub uno adoptionis & cognationis genere comprehensis constat: idemque hic obtinet, dum jusjurandum in litem affectionis, simpliciter positum nomine *jurisjurandi in litem*, continetur una cum jurejurando, quo definitur *quanti res est*, sub jurejurando in litem generalius accepto.

2. Affectionis jusjurandum in litem est, cum ob dolum (sub quo & lata culpa continctur) aut contumacia adversarii non restituentis res in judicium deducta æstimatur ab actore ultra verum rei pretium, pro singulari in rem affectione, *l.* 1. *l. tutor. rem* 8. *ff. h. t. l. is, qui rationem* 2. *C. h. t. l. qui restituere* 68. *ff. de rei vindic.* junct. *l. si servum meum* 33. *ff. ad leg. Aquil.* Iniquum enim visum fuit, dominum sine facto suo, aliena malitia privari dominio rei suæ, & non consequi ultra verum pretium rerum illarum, in quas peculiaris potest cadere affectio, quasque apud alium existentes magno redemturus esset, ut a se possessas non nisi plurimi fuisset venditurus, *l. nec quasi* 70. *& seqq. ff. de rei vindic. leg. si filiusfamilias* 25. §. 1. *ff. soluto matrimon.* Ob levem plane culpam huic jurijurando locus non est; quippe quo casu judex potius ipse rem æstimat, vel jusjurandum in litem veritatis defert, *l. videamus* 4. §. *ult. l.* 5. 7. *sed in his* 3. *ff. h. t.* Tutorem nonnulli excipiunt, contra quem, inventarium aut instrumenta alia pupillaria non exhibentem, ex levi quoque culpa in litem jurari putant ex *l. pen. C. h. t.* sed forte rectius sentiunt, qui statuunt, *in d. l. pen.* non culpæ intuitu differentiam poni inter tutorem heredemque ejus; sed magis in eo, quod contra heredem tutoris non alias in litem juratur, quam si constiterit, reperta per eum fuisse instrumenta in hereditate, eaque dolo malo ejus non exhibere; dum ex adverso contra tutorem hoc jusjurandum omni modo locum sibi vindicat, quoties ille inventarium ceteraque instrumenta non profert dolo malo, sive habeat, sive habuerit & dolo possidere desierit, sive numquam habuerit, dum forte repertorium rerum ad pupillos pertinentium numquam fecit, juxta *l. tutor, qui repertorium* 7. *pr. ff. de adm. & peric. tutor.*

3. Defert hoc jusjurandum non adversarius, sed judex, quoties id æquum arbitratur: neque enim necessitas deferendi in judice est, cui licitum fuit ab initio non deferre, *l. in actionibus* 5. §. 1. *ff. h. t.* licet ex parte ejus cui defertur, quædam necessitas juris in hoc jurejurando proponatur, *l. ult. ff. h. t.* in quantum, si non juraverit, sæpe in latente aliquo damno hæreret, quod judici ignotum judex æstimare nequit. Alius præter judicem si detulerit, vel sine delatione juratum sit, nulla est religio, nec ullum jusjurandum, *l. videamus* 4. §. *deferre* 1. *ff. h. t.* Defertur vero actori, qui dominus est, vel saltem suo nomine litem est contestatus, *l. vulgo* 7. *ff. h. t.* quia præcipua hujus jurisjurandi ratio in eo est, quod iniquum videatur, dominum invitum re sua carere dolo atque malitia adversarii, nudo rei pretio recepto, ut supra monitum. Non tamen recte defertur impuberi: puberi omnino; uti & tutori impuberis, quatenus ratum erit, quod ille juraverit; licet pupillo non teneatur actione tutelæ quasi propter neglecta pupilli commoda, si jurare detrectet: cum grave videatur, & ignorantes & invitos tutores, sub alieni compendii emolumento etiam perjurium anceps subire, *l. videamus* 4. *pr. ff. h. t.* Neque his contrarium est, quod dictum fuit, illis solis jusjurandum deferri, qui domini litis sunt, aut saltem suo nomine litem contestati, *l.* 7. *ff. h. t.* etenim, ut manifestior evadat legis illius sententia, per *litis dominos* illic denotantur illi, ad quos lis illa pertinet, sive

per se, sive per procuratores in lite substiterint, eo sensu, quo *dominus litis præsens* in judicio sui procuratoris personam confirmare dicitur, *§. sin autem* 3. *Inst. de satisdat.* idque ad exclusionem procuratorum, qui, licet litis contestatione *litis domini* fiant, *l. procurator.* 22. *l.* 23. *C. de proc.* tamen non suo sed domini mandantis nomine litem contestantur: unde Ulpianus in *d. l.* 7. ut omnem tolleret verborum priorum ambiguitatem, magisque planum redderet, per *litis dominos* non designari procuratores, ex Papiniano subnectit, *alium non posse jurare, quam eum, qui litem suo nomine contestatus est.* Sub his autem, qui litem suo nomine contestati sunt, etiam tutores hic comprehensos existimem; quippe qui etsi rerum alienarum administratores sint, tamen actionem pro pupillis instituentes, eo in plerisque loco habentur, ac si pro se, propriaque in causa, litem moverent, & domini essent, *l. qui secundum* 7. *§. si tutor.* 3. *ff. pro emtore* quo modo & in aliis juris partibus, in quibus, lite per procuratorem agitata, jubetur ipse dominus jurare, nec procurator ad jurandum admittitur, tutores tamen & curatores, tamquam domini, admittuntur, *l. quoties* 21. *§. si tutor* 5. *ff. de noxal. action.* ac de illis, uti de quovis alio actore dicitur, eos vel per se vel per alium litem inferre, idemque, quod in litis dominis obtinet, in tutoribus quoque ac curatoribus, adversario pupillorum litem per alios inferentibus, observandum esse, *d. §.* 3. *Inst. de satisdation.* Plane matri pupillorum jusjurandum in litem affectionis pro suis pupillis præstare volenti, id permittendum non est, *d. l.* 4. *pr. ff. h. t.* non alia, ut opinor ratione, quam quia impotente erga liberos amore ducta, ultra justam affectionem juratura creditur, quo liberis prosit; etsi illa displiceat, sed sine causa, Antonio Fabro *in rational. ad l.* 4. *ff. h. t.* Qui ideo cum aliis excipit quidem, nisi mater tutrix sit; sed fundamento minus stabili; tum quia impositum matri tutelæ munus non efficit, quo minus mater maneat, adeoque perduret ratio, quæcumque illa fuerit, quæ matrem pro pupillis ab hoc jurejurando suasit depellendam; tum quia lex non distinguit; ac denique vix est, ut de jurejurando in litem matri in causa pupillorum deferendo quæstio esse possit, nisi liberorum suorum tutrix sit; cum mater alienam, adeoque & filii sui impuberis defensionem suscipere prohibeatur, ac jubeatur magis filio suo tutorem petere, *l. alien.* 18. *C. de procurator.* Quibus etiam consequens est, perperam Ant. Fabrum *d. loco*, rationem, cur mater jurare volens admittenda non sit, in eo ponere, quia pro liberis suis impuberibus in judicio stare nequit. Nam, cum jusjurandum hoc demum post plenam causæ disceptationem ac cognitionem judiciali deferatur sententia, ineptum fuerit, aut dubitare, aut quærere de eo, an matri, quæ, nisi tutrix sit in lite pupillari assistere neutiquam, aut nota esse potuit, quæque nec suo nec procuratorio nomine litem contestari, hoc jusjurandum in ipso litis fine deferendum sit. Hæredi ejus, cui hoc potuisset deferri jusjurandum, quo minus a judice idem quoque deferatur, tamquam ex jure hereditatis domino facto, nihil vetat; dummodo non de defuncti, sed de sua affectione juret. Quod si is, cui a judice delatum est, jurare recuset, judicis tunc est qualitercunque secundum rei veritatem, prout religioni ipsius æquum videbitur, statuere rei æstimationem, *l. quod si possess.* 71. *ff. de rei vind.*

4. Juratur in litem ex affectione adversus eum, qui dolo malo aut contumacia non facit restitutionem rei, aut exhibitionem; non contra heredes contumacia dolove defuncti; eo quod hoc jusjurandum contumaciæ pœnam continet, *l. tutor* 8. *ff. h. t. l. ult. ff. de fidejussoribus*, in pœnam autem hæres non succedit, *l. pen. ff. de operis novi nunciatione*, nisi lis cum defuncto contestata sit, *l. alio jure* 4. *C. h. t.* Quin tamen ob proprium heredis dolum aut culpam latam, propriamve contumaciam, adversus eum possit in litem jurari, dubium non est, *l.* 1. 2. 3. 4. 5. *C. h. t. l. cum ostendimus* 4. *ff. de fidejuss. & nominat. & hered. tutor.* Idemque servatur in fidejussoribus, contra quos ex dolo quidem proprio in litem jurari potest, ex dolo vero ejus, pro quo fidejusserunt, non ultra verum rei pretium condemnatio sit; nec delicti alieni pœnam præstent, *l. ult. ff. de fidejuss.*

5. Locum habet hoc jusjurandum in omnibus judiciis bonæ fidei & arbitrariis, in quibus de restituendo aut exhibendo agitur, sive in rem sive in personam sint, *l. qui restituere* 68. *ff. de rei vindicat. l. sive nostrum* 2. *l. in actionibus* 5. *ff. h. t.* veluti, rei vindicatione, *d. l.* 68. confessoria & negatoria, *l. harum actionum* 7. *in fine ff. si servitus vind.* ad exhibendum, *l.* 2. *l. in actionibus* 5. *ff. h. t.* depositi, *l. ei, apud quem* 5. *ff. depositi*, commodati, *l. sed mihi* 3. *§. in hac* 2. *ff. commodati*, tutelæ, *l. tutor* 8. *ff. h. t.* hypothecaria, *l. si fundus*, 16. *§. in vindicatione* 3. *ff. de pignor. & hypoth.* de dolo, *l. arbitrio* 18. *ff. de dolo*, actione rei uxoriæ, seu ex stipulatu, pro dote recuperanda, *l. si filiofamilias* 25. *§. maritum* 1. *ff. soluto matrimonio.* Non item in iis, quibus non de restituendo vel exhibendo, sed tantum detrahendo agitur vel de sola indemnitate; quod evenit in emti actione, & contrariis commodati, depositi, similibusque judiciis, *d. l. ei, apud quem* 5. *ff. depositi*, nec denique in stricti juris actionibus; quippe in quibus, si judex æstimare satis commode non possit, ad solum veritatis jusjurandum secundum ea, quæ in principio hujus tituli dicta, confugiendum est, arg. *l. in actionib.* 5. *pr. & §. ult. l.* 6. *ff. h. t.*

6. Jurari vero potest hic in infinitum, sine ulla juris taxatione; ut tamen officio judicis incongruum non sit, tunc, cum illud defert, refrenare jusjurandum, & taxationem adjicere, intra quam juretur, ne, arrepta occasione, in immensum alioquin res æstimetur, *l. qui restituere* 68. *ff. de rei vindic. l. arbitrio* 18. *ff. de dolo*, *l. videamus* 4. *§. juraro* 2. *l. in actionibus* 5. *§.* 1. *ff. h. t.* Quin imo, etsi de perjurio in hac jurisjurandi specie non facile quæri solear, *l. ult. ff. h. t.* tamen ex magna causa potest judex, qui detulit, illud præstitum non sequi; sed vel prorsus absolvere reum, vel etiam minoris condemnare, quam juratum est, præcipue repertis postea probationibus, quibus innotescit, vel reum non desisse dolo malo possidere, vel actorem non esse, vel non in totum esse dominum, *d. l. videamus* 4. *§. item* 3. *ff. h. t.* Nec obstat *nov.* 82. *cap. oportet* 10. cum ibi de jurejurando veritatis quo declarantur impensæ litis, agatur. Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 45. Wissenbach *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disp.* 24. *num.*

6. Si tamen per sententiam judicis semel probata fuerit æstimatio jurejurando definita, minui deinceps amplius non potest per judicem; quippe cujus officium tunc finitum est, *l. summa* 3. *C. h. t.* arg. *l. quod jussit.* 14. *ff. de re judic. l. si fundus* 16. *§. si pluris* 6. *ff. de pignor. & hypoth.*

7. An autem ei, contra quem juratum est, actiones cedendæ sint, & alia similia, jam ante in *t. de petit. hæred.* & *de rer. vindic.* tractata sunt.

8. Sed nostris & aliorum moribus hoc jusjurandum in litem affectionis vix amplius obtinet; & solent plerumque judices id quod interest ex bono & æquo ipsi dijudicare atque statuere, nisi ob ignoratas negotii circumstantias id ipsis possibile vix sit; quo casu vel præmissa taxatione, jusjurandum convenienter juri Romano etiamnum deferri potest, Groenewegen *de leg. abr. ad Pand. h. t.* Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 5. *n.* 2. *& seqq.* vel etiam actori simpliciter permitti, ut ipse suum interesse declaret, ac firmet jurejurando, ut in id condemnatio sequatur; maxime, si reus sit contumax, nec sese sistat; nam si sui copiam faciat, judices potius ei dant facultatem contradicendi declarationi actoris, ut deinceps examinatis omnibus reus ex bono & æquo in certam condemnetur quantitatem, plerumque petita minorem, *Appendix decision. post resp. Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 12. *&* 13.

TITULUS IV.

De Condictione causa data causa non secuta.

SUMMARIA.

1. *Condictio causa data &c. non datur occasione contractus* facio, ut, *vel* ne des aut facias; *nec respectu datorum ob causam præteritam, vel ob futuram sed in mente retentam; nec ex vero sed quasi ex contractu descendit.*
2. *Quid sit hæc actio; contra quos, & ad quid detur?*
3. *Sub datione an & acceptilatio contineatur? & an hac conditione uti possit, qui alium ob causam futuram liberaverat per acceptilationem, distinctione explicatur.*
4. *Conditio hæc quando detur vel non? sed ubi huic needum locus est, intentari tamen potest condictio ex capite pœnitentiæ. Quæ & tunc datur, cum res, quæ vicissim danda, vel circa quam quid faciendum, casu periit, re adhuc integra; transitque pœnitendi potestas ad dantis heredes.*
5. *Quando res intelligatur integra, quando non?*
6. *Moribus cessat licentia pœnitendi; in ceteris superest usus condictionis causa data.*
7. *An repeti possit, quod datum ob causam futuram, sed impossibilem natura vel moribus?*
8. *An repeti possit causa non secuta, quod datum est ob causam, solius accipientis commodum concernente, veluti, ut vestem sibi paret?*

1. Condictio causa data causa non secuta nascitur quidem occasione contractus innominati *do ut des*, vel *do ut facias*, uti & *do ne facias*, *l. dedi tibi* 3. *pr. & §.* 1. *ff. h. t. l. ea lege* 3. *C. h. t. de Condict. ob causam datorum*, non tamen ratione contractus *facio ut des*, vel *facio ut facias*, vel *facio ne facias*, eo quod facta naturali ratione repeti nequeunt, nec id, quod factum est, infectum fieri, *l. naturali* 5. *§. quod si faciam* 3. *leg. pen. ff. de praescriptis verbis*. Nec intuitu eorum, quæ data sunt ob causam præteritam; quippe quæ non repetuntur, etiamsi causa, ob quam data, falsa appareat, *l. damus* 52. *ff. de condict. indeb.* eo modo quo & falsa causa legatum non vitiat, *§. longe magis* 31. *Instit. de legatis*, nisi probetur alias daturus aut legaturus non fuisse, *l. cum tale* 72. *§. falsam causam* 6. *ff. de condit. & demonstrat.* Multoque minus respectu eorum, quæ ob causam futuram quidem, sed in mente retentam, data; cum cogitationis in jure nostri uti pœna nulla, ita nec alia vis sit, ac propositum in mente retentum nihil operetur, *l. dedi tibi* 3. *§. sed si servus* 7. *ff. h. t. l. cum ancillam* 6. *leg. si repetendi* 7. *Cod h. t.* Denique nec ex vero, sed magis quasi ex contractu eandem oriri, dicendum profecto est: duo namque in contractibus innominatis do ut des vel do ut facias agi videntur; alterum expresse, ut nempe vicissim detur vel fiat, quæ conventio contractum innominatum facit, ac parit præscriptis verbis actionem, ad id ut vicissim detur vel fiat, adeoque implementum contractus sequatur aut alioquin ad id quod interest condemnetur, qui fidem conventionis præstare recusat: alterum tacite, ut, si non detur aut fiat, de quo convenit, liceat datum repetere; ex qua tacita conventione extra id quod expresse actum fuit cum proprie competat hæc condictio ob causam datorum, eam etiam ex quasi contractu magis, quam vero descendere, consequens fuit, arg. *l. is, qui commodatum* 13. *§. ult. in fin. ff. commodati*. Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 46. *in pr.*

2. Est ergo condictio hæc personalis actio stricti juris qua is, qui ob causam futuram quid dedit, (vel etiam is, cujus nomine datum est, *l. qui se debere* 7. *l. si donaturus* 9. *ff. h. t.*) heresve ejus, ab eo, qui accepit, heredeque ejus petit datorum restitutionem, quia ea causa secuta non est, una cum accessionibus, & fructibus, etiam ante litem contestatam perceptis: eo quod hæc actio iis annumerata est, quibus repetitur id quod nostrum ante fuit, *l. qui se* 7. *§. ult. l. cum quis mortis* 12. *§. seqq. ff. de usuris*, non item cum usuris, secundum propriam negotiorum stricti juris naturam, arg. *l.* 1. *C. de condict. indeb.*

3. Dationis tamen appellatio paulo latius hic accipitur, ut & acceptilationem in se contineat, ac proinde hæc actio in eum quoque detur, qui acceptilatione liberatus est, ut ipse vicissim qui daret aut faceret, si datio aut factum non sequatur. Qua ratione si mulier ei, cui nuptura erat cum dotem dare vellet pecuniam, quæ sibi debebatur, acceptam fecit, neque nuptiæ insecutæ sunt, recte ab eo pecunia condicetur: quia nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa, an per acceptilationem, pervenerit, *l. si quis accepto* 4. *l. si mulier* 10. *ff. h. t.* quibus contradicere videtur Papinianus in *l. ob eam causam* 9. *ff. de praescriptis verbis*, ajens, *accepto liberatum ob eam causam, ut nomen Titii debitoris delegaret, si fidem contractus non impleat, incerti actione teneri; judicisque officio non veterem obligationem restaurari, sed promissa præstari, aut sequi condemnationem*. Sed ut difficultatis extricatio fiat,

observandum est, acceptilationem vel ut factum considerari possit, vel ut solutionem imaginariam adeoque fictam dationem. Si potissimum ut factum consideretur, ex quo ipso jure liberatio contigit, effici officio judicis non potuit, ut factum infectum fieret, & vetus obligatio instauraretur, sed tantum contractus innominati facio ut facias implementum desiderandum fuit, aut id quod secundum ante dicta condictioni causa data causa non secuta locus esse non potuit in contractibus innominatis a facto incipientibus, in illis solis, qui a datione initium habent: & de hac acceptilatione, tamquam naturale factum continente, accipiendus in *d. l.* 9. Papinianus. Sin magis in acceptilatione imaginariam solutionem spectes, atque ita in ea, ob causam futuram facta, fictam concipias traditionem, dum, debitor ex causa prioris debiti pecuniam numerasse fingitur, ac rursus ob novam causam futuram a creditore eandem recepisse; *sic ut nihil intersit, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa, an per acceptilationem, pervenerit*, secundum verba Javoleni in *d. l.* 10. *ff. h. t.* & accepisse etiam intelligatur, qui obligatione liberatus est, *l. si quis obligatione* 115. *ff. de regul. juris*, condictionem ob causam datorum concedi necesse fuit, tamquam in contractu innominato a datione initium habente, ac pœnitentiam recipiente: ita tamen, ut acceptilatio nec hoc in casu resolvenda fuerit, sed per eam solutio & obligationis dissolutio valide facta intelligatur nummique novam ob causam futuram fingantur de novo numerati; quæ causa cum deinde secuta non esset, non ad obligationis instaurationem, sed pecuniæ solius repetitionem, actio danda fuit.

4. Causa autem non sequitur, vel quia alter præstare, quod promisit, non vult, vel quia non potest. Si præstare noluerit, non dubium, quin condictioni huic locus sit, si modo conditio, quæ forte adjecta est, jam extiterit, vel elapsum sit tempus dationi vel facto præfixum: ut tamen etiam ante temporis lapsum vel existentiam conditionis pœnitentia ex parte ejus, qui dederat ob causam, admittenda sit, ac ex capite pœnitentiæ condictio indulgenda, *l. dedi tibi* 5. *§. quid, si ita* 3. *ff. h. t.* eo excepto, quod pœnitentia dotis ac matrimonii ac favore reprobata fuit, si dos ob matrimonium futurum sponsæ nomine interim data fuerit quamdiu illud separatur ac sequi potest, *l. quod Servius* 8. *ff. h. t.* uti &, si ex causa transactionis quid datum fuerit, *ne ad judicem eatur*, quamdiu eo itum non est, *l. dedi tibi* 3. *princ. ff. h. t.* Si vero præstari causa non possit, nec stet per debitorem, hæc quidem cessat condictio ob causam datorum; sed tamen & hic ex capite pœnitentiæ condici posse data obtinuit, etiam sæpe post interitum rei, quæ vicissim danda, vel circa quam aliquid faciendum erat quandiu res etiamnum integra est, *d. l.* 3. *si pecuniam* 5. *p.* & *§.* 1. 2. *l. ult. ff. h. t.* adeo ut ad heredes dantis etiam transitura videatur pœnitendi facultas, cum heres in omne defuncti jus succedat, ejusdemque cum defuncto potestatis sit, *l. heres in omne* 37. *ff. de acquir. vel omitt. hered. l. heredem ejusdem* 59. *ff. de regul. juris*, & hæc pœnitendi licentia non ad pœnam sed ad rei persecutionem pertineat, nec ex quadam pactione personali, personam haud paciscentis egrediente, sed ex natura communi hujusmodi contractuum innominatorum originem trahat, ac ex persona heredum conditio obligationis non queat immutari, arg. *l. stipulationum* 2. *§. ex his* 2. *ff. de verbor. obligat.* Neque obstat argumentum a donatione ob ingratitudinem per heredes donantis haud revocanda petitum, *l. his solis* 7. *post med. l. ult. C. de revocand. donation.* cum illic de injuriæ illatæ persecutione ac vindicta quæstio sit, ac manifestum, injuriarum actionem nec in heredes dari, nec tribui heredi, *§.* 1. *Instit. de perpet. & temporal. act.* junct. *d. l.* 7. *C. de revoc. donat.* in verbis, *ut vindicationis tantum habeat effectus*. Minus adversatur *l. locatio* 4. *ff. de servis exportandis*, eo quod utrobique diversi casus sunt; & in lege quidem quarta ff. locati pœnitendi potestas ex speciali pacto, præter ordinariam locationis naturam, permissa fuit locatori, heredi autem eius frustra permitteretur, cui morte locatoris locatio sublata erat, *d. l.* 4. in lege autem tertia de servis exportandis minus juvanda fuit pœnitentia in præjudicium libertatis, rei admodum favorabilis, quo factum, ut ad heredes porrigendum non fuerit pœnitendi jus.

5. Integra vero in hac materia res intelligitur etiam cum res vicissim danda, cujusve intuitu quid faciendum, casu tali periit, quo etsi contractus innominatus fuisset peritura, atque ita dominus idem fuisset damnum passurus: veluti, si morbo extinctum ponamus servum ob præcedentem dationem manumittendum, quem dominus, deficiente contractu hoc innominato, non fuisset distracturus. Secus quam obtineret, si is, qui accepit, contractus hujus occasione damnum passus sit, dum forte accipiens ea lege, ut servum manumittat, expediendæ manumissionis gratia cum servo ad præsidem profectus fuit, ac vel a latronibus servus interfectus est, vel ruina in stabulo oppressus, vel vehiculo obtritus, vel aliquo modo, quo non periret, nisi manumissionis causa proficisceretur, *l. si pecuniam* 5. *§. ult. ff. h. t.* Idemque est, si quis pecuniam acceperit, ut Capuam iret, & valetudine vel tempestate proficisci impediatur, cum jam sumtum ad profectionem necessarium eo usque fecisset, ut manifestum esset, eum aut tantum, quantum acceperat, aut amplius erogasse, *d. l.* 5. *pr. ff. h. t.* Quid quod nec integra amplius videri res possit, si mortuus sit servus ob rem datam manumittendus, antequam potuit commode manumitti, sic ut nullam dominus moram fecerit, ac probet, se servum alias medio tempore fuisse distracturum quem nunc propter hoc non distraxit, quia, ut eum manumitteret, rem accepit, *l. si pecuniam* 5. *§. sed si accepit* 3. & *§. ult. ff. h. t.* Verum enim est, servum nec hoc casu fuisse domino periturum, si innominatus defuisset contractus dationis ob faciendam manumissionem. Quæ cum ita sint, consequens est, ut quod generalius rescriptum invenitur in *l. pen. C. h. t. pecuniam datam, si hac causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu, non est secuta, repeti minime posse*, limitationem recipere debeat secundum distinctionem jam propositam ex *d. l.* 5. *§. ult. ff. h. t.* si scilicet integra res amplius non sit, seu non fuisset res eodem modo apud dominum peritura. Nisi magis placeat, cessare quidem condictionem ob causam datorum, de qua in *d. l. penult. C. h. t.* juxta tituli ipsius inscriptionem tractatio erat; sed non ideo exclusam protinus dici oportere profluentem ex pœnitentia condictionem, cum & in *d. l.*

3. §. 3. & *l.* 5. *pr. ff. h. t.* post denegatam condictionem causa data causa non secuta, nihilominus ea danti tribuatur datorum repetitio, quam probata in his contractibus pœnitentia parit. Quo modo etiam accipienda Pauli verba, cum in *l. naturalis* 5. §. & *si quidem* 1. *in fine ff. de præscriptis verbis*, ait, *si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu duntaxat culpam præstare debes*, nam & illic tantum de condictione ob causam datorum causa non secuta sermonem esse, verba immediate antecedentia abunde evincunt: eoque respectu merito Paulus dixerat, Stichum periculo ejus esse, qui rem dederat ut Stichum acciperet, cessante scilicet condictione illa ob causam datorum: interim condictionem ex capite pœnitentiæ admitti oportere neque negat Paulus in *d. l.* 5. §. 1. neque negant leges aliæ; ac ex adverso pœnitentiæ licentiam Ulpianus in *d. l.* 3. §. 3. & *d. l.* 5. *ff. h. t.* manifeste tuetur.

6. Sed cum hodiernis moribus contractus innominati a datione incipientes pœnitentiam haud recipiant, in quantum nunc ex nudo pacto serio prolato, utcunque per traditionem haud confirmato, actio datur ad implenda ea, quæ pacto placuerunt, sic ut & ipsa conventio de dando ut vicissim detur firmitatem habeat, ac producat actionem ad dandum, hinc etiam condictio ex capite pœnitentiæ reprobata nunc est, Groenewegen ad *l.* 55. *ff. h. t.* manente in ceteris ac vigente Romani juris dispositione circa hanc condictionem causa data causa non secuta; uti colligere licet ex Hugone Grotio *manuduct. ad juris prud. Holl. lib.* 3. *cap.* 30. *num.* 44. 45.

7. Quod si datum quid sit ob causam impossibilem, aut ea talis est natura, aut jure seu moribus. Si natura, idque sciverit, qui dedit, cessabit repetitio, cum donasse videatur, arg. *l. cujus per errorem* 53. *ff. de regulis juris*, & de tali scientia accipienda est *l. dictam* 8. *C. h. t.* Sin ignoraverit ignorantia non supina neque affectata, huic condictioni locus erit, arg. *d. l.* 53. *l. cum ancillam* 6. *C. h. t.* Quod enim a Meciano scriptum est, non solum stipulationes sed & ceteros contractus impossibili conditione interposita nullius momenti esse, quia sic contrahentium proculdubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment, apposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem, *l. non solum* 31. *ff. de oblig. & act.* id ad contractus nominatos restringendum videtur, in quibus nondum dominium datione translatum erat; quales sunt stipulationes, emtiones, locationes, ibidem recensitæ, aliique enumeratis non plane dissimiles. Confer Donellum *ad d. l.* 6. *C. h. t.* Wissenbach *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disp.* 25. *num.* 4. Perezium *C. h. t. num. ceterum causam* 7. Sed si moribus seu jure impossibilis causa de futuro adjecta sit; & impossibilitatem dans ignoraverit; siquidem errore juris, cessat repetitio; quippe quam juris ignorantia impedire solet, arg. *l. cum quis jus* 10. *C. de juris & facti ignorantia l. regula est* 9. *ff. eod. t.* sin facti inscitia, condictio dati non deneganda, veluti, si quid militi datum sit, ut procurationem suscipiat, vel dos numerata ad onera matrimonii inter eos, inter quos nuptiæ ob nimis arctum sanguinis aut affinitatis vinculum consistere non possunt, cum dans ignoraret, eum, cui procurationis causa numerabat militem esse, aut adeo propinquam esse sanguinis conjunctionem. Ac de his similibusque facti erroribus accipienda *l.* 1. *si militem* 5. *l. cum ancillam* 6. *l. si lib.* 9. *C. h. t.*

8. Plane, si quid datum appareat ob causam futuram, quæ non dantis, sed solius accipientis commodum concernit & utilitatem, veluti, si Titio decem data fingas, ut inde vestem sibi vel ornamenta paret, aut in suo ædificet; licet id non fecerit, adeoque causa illa secuta non sit, repetitioni tamen nullo modo locus est; cum donatio magis eo casu, quam contractus utrimque obligatorius, intervenisse videatur, *l. sed si mors* 13. §. *ul. ff. de donat. inter virum & uxor. l. Titio centum* 71. *ff. de condit. & demonst.*

TITULUS V.

De Condictione ob turpem vel injustam causam.

SUMMARIA.

1. *Condictio ob turpem causam datur, si solius accipientis, non item dantis turpitudo sit, quod exemplis monstratur. An &, si furi vel alteri indicet?*
2. *Cessat hac condictio, si vel solius dantis, vel dantis simul & accipientis turpitudo sit, quod exemplis illustratur. An careat hac condictione, qui dedit judici, ut pro se judicaret in bona causa, vel ut festinato litem expediat?*
3. *Accipiens tamen reddere tenetur turpia lucra tertio, cujus interest, aut fisco.*
4. *Quid sit condictio ob injustam causam?*
5. *Quid juris, si quid non datum, sed tantum promissum sit ob turpem vel injustam causam?*
6. *Quid juris in eo, quod meretrici pro stupro promissum? & quid, si fingatur præcedens mutui numeratio, cum vere esset promissio ex turpi causa?*

1. Condictio ob turpem causam est actio personalis stricti juris, qua repetitur quod datum est ob factum continens turpitudinem ex parte accipientis, ita ut condicens turpitudinis expers sit, licet jam turpe factum subsecutum fuerit: competens ei, qui dedit, ac heredibus, adversus accipientem, non item adversus heredes ejus, nisi quatenus ad eos pervenit, cum ex quodam quasi maleficio descendat: ad id ut res, vel si ea perierit, æstimatio ejus restituatur, una cum fructibus & accessionibus, arg. *l. videamus* 38. *pr.* & §§. *seqq. ff. de usuris*, non item usuris, *l. quoties* 4. *C. h. t.* Confer Hug. Grotium *ad Jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 30. *num.* 46. Scilicet, ut paulo altius res repetatur, omne quod datur vel ob honestam causam datur, vel turpem: si ob honestam, ita demum repeti data possunt, si causa secuta non sit, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* si ob turpem, repetitioni locus est, etiamsi res secuta jam sit, *d. l.* 1. §. *ult. ff. h. t. l. quoties* 4. *C. h. t.* si modo accipientis solius, non item dantis, turpitudo versetur, veluti, si quis dederit alteri, ne sibi vel tertio per calumniam lis moveatur, injuria inferatur, furtum fiat, *l. ut puta* 2. *idem* 4. §. *quotiens* 2. *ff. h. t. in heredem* 5. §. 1. *ff. de calumniator.* ut &, si datum quid sit tyrocinii evitandi causa, *l. quod evitandi* 3. *C. h. t.* vel ut restituatur, aut fiat, quod sponte reddendum aut faciendum erat; puta depositario, commodatario, locatori,

venditori, mandatario, heredi ex testamento ad legatum, promissori ex stipulatu ad rem promissam obligato, similibusque, ut res depositas, commodatas, locatas, ex mandati causa penes se existentes restituant, venditas tradant, aut solvant legatas, promissasve: quamvis in bonæ fidei negotiis etiam actione ex ipso contractu id, quod ob restitutionem datum est, repeti possit, atque ita actiones illæ cum hac concurrere ex turpi causa condictione, quod in stricti juris negotiis non ita contingit, *l. ut puta* 2. §. 1. *l. ult. pr.* & §. 1. *ff. h. t.* Adhæc, si quis furi, aut socio ejus indicium dederit, seu præmium, ut rem furtivam indicaret; cum & hoc sponte faciendum fuerit, ac res furtiva reddenda ei, cui ablata erat, *l. idem* 4. §. *ult. ff. h. t.* junct. *l. ult. C. h. t.* Aliter quam obtinet, si extraneo quid datum sit, ut is furem vel rem furtivam, aut fugitivum indicaret: cum enim indicare aut delator esse non teneatur extraneus ille, turpitudine caret, cum accipit indicium, sic ut & promissum exigere queat; ideoque nec hanc metuere debet actionem, *l. solent* 15. *ff. de præscriptis verbis*; *d. l.* 4. §. *ult. ff. h. t.* junct. *l. qui vas* 48. §. *qui furem* 1. *ff. de furtis.*

2. Quod si dantis solius, non item accipientis, turpitudo appareat, dubium non est, quin cesset condictio; cujus rei speciem Ulpianus in eo constituit, quod meretrici ob stuprum datum; nova nempe ratione concludens, non utriusque, sed dantis solius, turpitudinem esse, illam enim turpiter quidem facere, quod sit meretrix; at non turpiter accipere, cum sit meretrix, *d. l. idem* 4. §. *sed quod* 3. *ff. h. t.* Quamvis, si certiorem atque saniorem sequamur rationem, magis sit, ut cesset condictio, quia æqualis dantis & accipientis turpitudo est; quo casu condictionem ex turpi causa denegari, melioremque, tanquam in pari turpitudine ac causa possidentis conditionem esse, responsum est *l. ubi autem* 3. *l. pen. ff. h. t.* veluti si quis dederit, ne prodatur in facto aut adulterio deprehensus, *l. idem* 4. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* vel, ut per judicem male judicetur, *d. l. ubi autem* 3. *ff. h. t.* Sed & si judici quis dederit, ut pro se pronunciaret in bona causa: cum enim ex sententia judicis demum certum evadat, uter litigantium justam causam foverit, ac pro suæ litis justitia & bonitate usque adeo præsumere uterque debeat, ut & jusjurandum calumniæ in judicii initio præstare, atque ita de sua bona fide in lite movenda vel excipienda jurare tenentur, vix est, ut non videatur voluisse judicem corrumpere, ac in turpitudine manifesta simul cum judice accipiente hærere, qui ita dedit, *l. ut puta* 2. §. *ult. ff. h. t.* Unde etiam rescriptum generaliter invenitur, illum, qui diffidentia justæ sententiæ in pecuniæ corruptelam spem negotii reposuerit, judici pecuniam dando, amittere eam, quam habuerat, actionem, *l.* 1. *C. de pœna judicis qui male judicavit*, Bachovius *ad Treutler. vol.* 1. *disp.* 22. *th.* 3. *lib. F.* Wissenbach *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disp.* 25. *num.* 7. Quod & nostris probatum moribus, quibus corruptor judicis in vesam damnatur litis æstimationem, cujus triens delatori, reliquum pauperibus cedit. *Nader ampliatie van d' Instructie van den Hoge en Provincialen Rade t. ult. art.* 3. 4. Groenewegen *ad rubric. C. de pœna judicis, qui male judic.* Nisi tamen suam ipse dationem ad magistratum competentem detulerit, ac personam declaraverit & hoc ipsum probaverit; tunc enim dantem veniam mereri, jure novo constitutum est, *auth. novo jure C. eod. tit. de Ampliatione t. ult. art.* 7. Nec dubitandum videtur, quin & tunc utriusque turpitudo sit, cum judici datur, ut is festinatius pendentem expediat finiatque litem, *d. Ampliat. t. ult. art.* 1. licet id interpretibus juris multis displiceat; sed sine fundamento. Vide Bachovium *d. loco*, Zoesium *ad Pand. h. t. n.* 3.

3. Neque tamen ideo lucra hujusmodi turpia penes accipientem remanere fas est: si enim heredibus, etsi crimine carentibus, sane multo magis ipsis accipientibus, ac turpitudinis reis, extorqueri ea oportere dicendum est, arg. *l. in heredem* 5. *ff. de calumniator.* Qua ratione tertio, cujus intererat, ob turpem causam non esse datum, condictio datorum concessa legitur; ut puta domino, a cujus servo fugitivo vel fure pecuniam acceperas, ne eum indicares, *idem* 4. §. *ult. l.* 5. *ff. h. t.* aut si tertius nullus apparet, cujus interesset, ex turpi causa non esse datum, æquum fuerit, accipientibus, tanquam indignis, auferri data, ac fisco vindicari, ne alias suo ex scelere ditentur, arg. *l. cum hic status* 32. §. *ult. ff. de donation. inter virum & uxorem*, *auth. novo jure C. de pœna jud. qui male judic.*

4. Altera tituli pars est de condictione ob injustam causam, actione scilicet personali, qua repetitur id quod datum fuit, aut aliter penes alium est ob causam, nullam quidem turpitudinem specialem continentem, sed tamen jure civili improbatam, *l. perpetuo* 6. *ff. h. t.* cui condictioni non ob futuram, ut in præcedentibus, sed magis ob præteritam causam locus est, veluti cum repetitur id, quod ex stipulatione per vim extorta solutum est, *l. ex ea* 7. *ff. h. t.* vel malæ fidei possessori victo fructus consumti condicuntur, *l. pen. C. de condict. ex lege.*

5. Ceterum, si ex turpi vel injusta causa nihil quidem datum, sed tantum promissio facta sit, exceptio agenti ex tali promissione opponi potest, vel cautio seu chirographum continens promissionem, condici *l.* 1. *C. h. t. de condict. ob turpem causam.* Etenim ex instrumento, quo promissio ob turpem causam comprehensa est, summo quidem jure actionem competere, sed exceptione doli, aut in factum, elidi ac summoveri constat, *l. si ob turpem* 8. *ff. h. t. l. Titia quæ* 134. *ff. de verbor. obligat.* ac proinde, cum ab Ulpiano traditum fuit *generaliter turpes stipulationes nullius esse momenti*, *l. generaliter* 26. *ff. de verbor. obligat.* & ab Imperatoribus rescriptum, *cautæ quantitatis ob turpem causam exactioni locum non esse, & ex stipulatione contra bonos mores interposita actiones denegandas*, *l. mercalem* 5. *C. h. t.* id de effectu intelligendum est, in quantum nihil actione tali per exceptionem elisa actor consequitur; aut in quantum non jus ipsum, sed prætor, secundum veterem judiciorum morem, actori actionem petenti, eandem negat, dum manifestam animadvertit causæ turpitudinem, ac inde certam imminentem actionum per exceptiones elisionem.

6. Ex his haud difficulter decidi potest, quid de promissione meretrici pro stupro facta statuendum sit: nam si Ulpiani ratiocinio locum faciamus, ac meretricem existimemus non turpiter facere, quod accipiat, cum sit meretrix, *l.* 4. §. 3. *ff. h. t.* etiam nec turpe in ea fuerit, alium sibi eam ob causam ex

promissione devinctum fecisse, ac factam exegisse promissionem. Contra vero, si sanam malimus rationem amplecti, rectius fuerit, denegari efficacem promissorum exactionem, ob parem utriusque tum promittentis tum stipulantis turpitudinem, in unum concurrentem. Quæ adeo vera sunt, ut, etiamsi in chirographo non ipsa turpis causa, sed alia honesta exprimatur, velnti pecuniæ numeratio ex causa mutui, tamen doli & simulationis exceptione repellendus sit agens ex hujusmodi scriptura, quoties evidens est, turpitudinis, stupri, adulterii ve causa, chirographum conscriptum esse; dum magis attendi oportet ad id, quod vere agitur, quam quod simulate conceptum est, *tit. C. plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*, prolixe Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *cossil.* 243.

TITULUS VI.

De condictione indebiti.

SUMMARIA.

1. *Quid sit indebiti condictio, & in quo mutuum distet ab indebiti solutione?*
2. *Non habet locum, si solutum sit, quod naturaliter debitum. Nec, si id quod vere debitum, more improbato exactum sit; licet exigens aliter coerceatur.*
3. *An pendente die vel conditione condici possit, quod ante diei vel conditionis existentiam solutum est? & de interusurio, casu quo sortis condictio fieri non potest.*
4. *Tutus exceptione perpetua in suum favorem inducta si solverit per errorem, solutum repetere potest; quod exemplis docetur, tres tamen casus excipiuntur. Sed si in odium adversarii, non repetit, quod inter alia etiam obtinet ex moribus nostris in exceptione biennii, intra quod dedita plurima ex constitutione Caroli V. sunt exigenda.*
5. *Explicatur per distinctiones quo modo condictio competat & electio, si pars soluti sit indebita; vel utraque res soluta sit, cum alterutra esset debita; vel una res sit soluta velut unice debita, cum res in genere vel duæ res alternative deberentur; & quid si alterutra post solutionem interit cum utraque alternatim debita soluta esset? Item quid juris si duo rei debendi, vel debitor & fidejussor singuli totum corpus aut quantitatem, vel singuli rem unam ex alternative debitis, solverint iisdem vel diversis temporibus?*
6. *Competit tantum ei, qui ignorans indebitum ignoranti solvit. Quid si sciens scienti vel ignoranti solverit? Quid si dubitans?*
7. *Quod per errorem juris indebiti solutum est, condici nequit ut indebitum: quod & moribus obtinere debet.*
8. *Quibus detur hæc condictio? ubi de tutoribus, procuratoribus, qui pro pupillo vel domino solverunt indebitum.*
9. *Quis condicat, si primus indebitum promiserit, ac fidejussor ab eo datus id solverit? Quid juris, si fidejussor pro vero debito fidejusserit, & solverit, deinde quasi principalis debitor esset? vel postquam ipse interposuisset pactum de non petendo? Et generaliter, quid juris sit, si quis solverit, quod ipse non debebat, alius tamen debebat accipienti?*
10. *Datur quandoque condictio aliis, quam qui solverunt, dum illi, qui instituti erant, legata, quandoque & debita, solverunt, ac dein restitutione vel aliis modis ob testamentum injustum, falsum, inofficiosum ab hereditate depulsi sunt.*
11. *Contra quos hæc actio detur? An contra eos, quibus solutio profuit? an contra fiscum, si quæstori ærarii indebitum solutum sit? An contra dominum, cujus procuratori solutum quod debitum non est; & quid si adjecto, vel delegato indebitum solutum sit?*
12. *Ad quid tendat condictio indebiti, si factum aliquod indebite præstitum sit; vel possessio indebite translata? & quid si res possessa per eum, cui tradita, jam usucapta sit? Quid si corpora indebita soluta per accipientem distracta sint vel perierint? & an cum sorte indebite soluta usuræ reddendæ, si eam medio tempore accipiens fœnori collocaverit?*
13. *Si sors debita soluta sit, usuræ indebitæ solutæ, non possunt condici usuræ, nisi soluta sint supra legitimum usurarum modum.*
14. *Cui incumbat onus probandi indebitum debitumve esse, quod solutum est? An & probasse censeatur indebiti solutionem, qui de eodem debito duas producit diversorum temporum apochas, quarum posterior nullam prioris mentionem habet?*
15. *Cessat indebiti condictio, si solutum ex causis quibus lis inficiando crescit in duplum, vel ex causa transactionis, jurisjurandi, rei judicatæ; recensentur tamen quædam exceptiones.*
16. *Cessat, si specialiter, non generaliter, huic condictioni renunciatum sit, vel insignis pietatis ratio comitetur solutionem, veluti dotis, aut commiserationis.*
17. *Denegatur, quoties solutum ex causis, ex quibus retentionem quidem habemus, at non petitionem, item si naturaliter debitum sit. Recensentur casus varii, quibus id, quod naturaliter debetur, si solutum sit, repeti tamen potest.*
18. *An pœna indebite soluta condici possit hac condictione?*
19. *Si mulier debitum clam viro stante matrimonio contraxerit, illudque vel stante matrimonio solverit clam viro, vel post dissolutum matrimonium, an maritus vel ipsa repetere solutum possit matrimonio adhuc constante, vel jam dirempto, secundum mores Hollandiæ & Ultrajecti?*
20. *Explicatio nova legis* frater a fratre 38. ff. h. t.

1. AD mutuum proxime accedit indebiti solutio; etsi in eo differat, quod non verus sed quasi contractus sit, ac non modo circa res fungibiles, sed & alias mobiles, immobiles, incorporales, indebite solutas, versetur. Adde Cujacium *libr.* 8. *observ. cap.* 34. unde nascitur indebiti condictio, actio nempe personalis ex quasi contractu, qua repetitur, quod indebite solutum est, §. 1. *Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* §. *pen. Instit. de obligat. quæ quasi ex contractu*, veluti si quid solutum sit ex testamento, quod postea falsum, aut irritum, aut ruptum, aut nullum apparuit; quodve postea codicillis ademtum erat, *l. si quis sic* 2. & *seqq. l. ex his omnibus* 54.

ff. h. t. si cautio indebite interposita sit, *l.* 1. *in princ. ff. ut in possess. legat. vel fideic. serv. causa esse lic.* si promissum id, quod non debetur, *l. is qui plus* 31. *h. t.* si cautio non exacta, quæ poterat exigi, *l. hoc* 5. §. 1. *ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum.* si usuræ supra legitimum modum solutæ, *l. si non sortem* 26. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* ut & innumera prope alia passim per universum jus dispersa, quæ recensere longum foret.

2. Huic condictioni ut locus sit, requiritur ante omnia, ut & naturaliter & civiliter indebitum appareat; nam si natura debeatur quod solutum est, condictio indebiti impeditur *l. naturaliter* 13. *l. si quod dominus* 64. *ff. h. t.* maxime, si ex nudo pacto debitum fuerit, *l. juri gentium* 7. §. *sed cum nulla* 4. *ff. de pactis*; *l. quamvis usuræ* 3. *C. de usuris*, cum subsecuta ad pactum solutio satis demonstret, eum, qui pacto promisit, habuisse animum sese obligandi, nec inconsideratam fuisse sermonis jactantiam, sed seriam promissionem. Quod enim ajunt, naturaliter debitum, non esse debitum, nec inde quem posse creditorem videri, *l. credit.* 10. *ff. de verb. signif.* eo tantum pertinet, quod illa non sit plena & ad omnem effectum valida obligatio; idque ad distinctionem illius, quæ naturalis ac civilis simul est, & efficacem actionem aut persecutionem parit, secundum prima verba *d. legis* 10. Sed &, si naturaliter ac civiliter simul debita per creditorem contra moribus aut legibus receptam formam exacta, atque ita per debitorem soluta fuerint, condictioni indebiti locus non est; cum dici nequeat, indebitum esse, in cujus exactione tantum peccatum est; nec damnum sentiat, qui non plus solvit, quam vere debet, arg. *l. sed & partus* 12. §. *ult. l.* 14. *l. ult.* §. *ult. ff. quod metus causa*, præsertim hodiernis moribus, quibus pœnæ legales aliquem privantes jure suo feruntur in desuetudinem abiisse, adeoque creditos ob metum illatum jure crediti non cadit, cujus contrarium Romanis placuerat. Ut tamen debitori, qui solvit, actio accommodanda sit, si qua ratione ejus intersit, actionem more improbato factam esse; atque etiam vindictæ publicæ persecutionem jure faciat, cui accusandi jus est, si ad publicam læsionem excessus spectet, Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 12. *defin.* 2. Confer aliter ex parte sentientem Anton. Fabrum *Cod. libr.* 7. *tit.* 20. *definit.* 15. 22. 26.

3. Quod si ex die incerto, an unquam sit extiturus, veluti *cum Titius consuluerit*, vel sub simili incerta conditione debitum solvatur ante existentiam diei vel conditionis, pendente quidem conditione vel die condici potest; at ea existente non repetitur, *l. quod si ea* 18. *in fine ff. h. t.* & ad talem diem vel conditionem restringenda, quæ generalius proponuntur in *l. sub conditione* 16. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* uti & quod scriptum est, id, quod pure debebam, si ipse vel alius pro me, novandi animo sub conditione promiserim, pendente novatione solutum, condici posse, quia, ex qua solvam obligatione, adhuc incertum est, *l. Julianus* 60. §. 1. *ff. h. t.* Militatque hoc casu pro condictione æquitatis ratio, quia pendente tali conditione vel die, obligationis dies nec cessit nec venit, adeoque nullum interim debitum subest, sed sola spes debitum iri, §. *sub conditione* 4. *Instit. de verbor. obligat.* Sed si dies omnino certus obligationis sit appositus, vel dies aut conditio talis, de qua incertum quidem, quando extitura sit, certum tamen, eam aliquando extituram esse, veluti *cum Titius morietur*, solutum ante diem aut conditionis eventum condici nequit, *l. in diem* 10. *l. nam si* 17. *l.* 18. *ff. h. t.* cum debiti in diem certo extiturum dies statim cedat, statimque debitum intelligatur, etsi necdum peti possit, §. *omnis stipulatio* 2. *Inst. de verb. obligat. d. l. in diem* 10. *ff. h. t.* & pure stipulari videatur, qui sub conditione, quæ omni modo extitura est, stipulatur, *l. si pupillus* 9. §. *si qui sub* 1. *ff. de novation.* Quæ adeo vera, ut nec interusurium, seu usura medii temporis, quod inter solutionem & diei vel conditionis existentiam intercessit, peti queat. Etsi enim tunc, cum debitor ex justa quadam causa condemnatur ad solvendum ante tempus, quod demum post diem certum alioquin præstandum erat, interusurium seu commodum repræsentationis ex eo debito deduci possit, *l. si constante* 24. §. *quotiens* 2. *ff. soluto matrimon.* arg. *l. si mandavero* 22. §. *item* 1. *ff. mandati*, Ant. Matthæus *de auction. libr.* 2. *cap.* 5. *num.* 22. id tamen ad solutionem ante tempus, sponte per errorem, ac nulla necessitate urgente factam, porrigendum non est, nam cum sortis petitio impedita sit, ac proinde moram fecisse videri non possit is, cui solutum est, usurarum quoque exactionem cessare necesse est; maxime, cum stricti juris sit indebiti condictio, in qua non ex mora quidem usuræ debentur, arg. *l. lecta* 40. vers. *sed cum sortis ff. de reb. creditis*, *l. eos*, 26 *C. de usuris*, Costalius ad *l.* 10. *ff. h. t.* Perezius *Cod. h. t. num.* 5.

4. Si quis summo quidem jure civili debeat, sed exceptione perpetua tutus sit adhuc condictioni locus est, si modo exceptio in excipientis favorem introducta sit, qualis est senatusconsulti Vellejani, *l. si non sortem* 26. §. *indebitum* 3. *l. qui exceptionem* 40. *ff. h. t.* doli mali, *l. qui se debere* 7. *de condict. caus. dat. causa non secuta*, pacti de non petendo, *l. qui hominem* 34. §. *ult. ff. de solution.* jurisjurandi, *l. si quis jurasset* 43. *ff. h. t.* rei judicatæ, arg. *d. l.* 43. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. *pr. ff. quarum rer. act. non datur*. Neque huic obstat, quod Paulus scripsit, eum, quem judex male absolvit si sponte solverit, repetere non posse, *l. judex* 28. *ff. h. t.* agit enim de eo, qui sciens, se rei judicatæ exceptione tutum esse, tamen solvit; qualibus non solet condictio dari, *d. l. si non sortem* 26. §. *indebitum* 3. *ff. h. t.* quam scientiam in *d. l.* 28. satis arguit vocula *sponte sua*, non modo voluntatis libertatem, sed & simul oppositam ignorantiæ scientiam quandoque complectens, arg. *l. qui cum alio* 19. *ff. de reg. jur.* præsertim si consideres, talem in *d. l.* 28. proponi, qui *male* per judicem absolutus erat, & probabiliter bonam fidem agnoscere maluit solvendo, quam secundum jus summum sese defendendo, contra æquitatem naturalem cum adversarii victi jactura locupletari; vel litigare apud judicem superiorem, dum actor victus appellationem minatur, si solutio non fiat, meliorem sibi spondens in bona causa litis eventum. Minus adversatur, quod ex Juliano idem Paulus negavit, *verum debitorem post litem contestatam, manente adhuc judicio solventem, repetere posse: quia nec absolutus, nec condemnatus repetere posset: licet enim absolutus sit, natura tamen debitorem permanere*, *l. Julianus* 60. *ff. h. t.* Non enim illic solutio per verum debitorem facta fuit, postquam per sententiam judicis

jam male absolutus erat, sed ante sententiam, *manente adhuc judicio*; adeoque eo tempore, quo & naturaliter & civiliter debebat, necdum ulla tutus perpetua rei judicatæ exceptione; qualem solutionem, a vero debitore semel recte factam, enervare non poterat aut debebat postea subsecuta judicis sententia, ipso jure nulla, lata quippe super lite jam per solutionem spontaneam inter actorem reumque finita, arg. *l. cum decem* 71. §. 1. *ff. de solution.* Quod si ex adverso is solverit, qui exceptione non in suum favorem; sed in creditoris odium introducta, tutus erat, condictio indebiti denegata fuit; veluti si filiusfamilias contra Macedonianum, cui causam dedit odium fœneratorum, mutuam pecuniam acceperit, & paterfamilias factus solverit; *d. l. qui exceptionem* 40. *ff. h. t.* vel si quis, cum se defendere posset exceptione juris novi per adversarium suum dati vel impetrati; atque ita non solvere in odium & pœnam dati vel impetrati novi juris, ea omissa solutionem fecerit, *l. si quis iniquum* 3. §. *ult. ff. quod quisque juris in alt. stat.* eoque respicit Pomponius, cum in *l.* 19. *pr. ff. h. t.* scribit; *si pœnæ causa ejus, cui debetur, debitor liberatus sit, naturalis obligatio manet, & ideo solutum repeti non potest.* Ne improbabiliter ad hanc exceptionum classem retuleris illam, qua constitutione Caroli Quinti, ac renovatis variarum gentium placitis, post biennii lapsum a crediti exactione depelluntur, qui merces minutim distrahi solitas alteri vendiderunt, aut tanquam advocati vel procuratores, alioque simili titulo salarium meruerunt. Cum utique illa biennii præscriptio, non in debitorum favorem inducta sit, sed in odium creditorum negligenter exigentium, & exigendi jure post longa tempora adversus ipsos debitores aut eorum heredes subinde pessime abutentium, ad impetrandam publicam unius debiti solutionem. Unde & eorum, quæ post biennium soluta sunt, condictionem cessare, magis obtinuit, Sande *decis. Fris. libr.* 5. *tit.* 6. *defin.* 2. *in med.* Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 2. *tract. de mercator. minutim vend. gloss. ult. num.* 7. Abr. a Wesel *ad novell. constitut. Ultraject. art.* 21. *numer.* 47. *& seqq.* Sunt tamen in jure proditi casus nonnulli, quibus ipsæ quoque in excipienti favorem introductæ exceptiones non efficiunt, ut post solutionem condictio competat; uti id contigit in fidejussore, qui, si solidum debitum solus solverit, cum potuisset opposito divisionis beneficio, in suum favorem adinvento, liberari partis virilis solutione, repetitionem non habet ejus, quod supra suam exsolvit partem, *l. si testamento* 49. §. *ex duobus* 1. *in fin. ff. de fidejussor.* Idemque est in possessore bonæ fidei, qui rei vindicatione conventus, etsi necessarias & utiles impensas retentione rei & opposita doli mali exceptione recuperare potuisset, ita suadente bonæ fidei favore, eadem tamen omissa, ac re restituta, nullam rei, quasi indebite restitutæ, vel impensarum, condictionem habet; *l. si in aream* 33. *ff. h. t.* Denique si maritus totam dotem restituerit, cum posset, opposita competentiæ exceptione in suum favorem introducta, non totam reddere, in ea causa est, ut repetere non possit, *l. nam & maritus* 9. *ff. h. t.*

5. Si pars soluti sit debita, pars indebita, sola repetitur pars indebita; si modo id, quod solutum est, fungibile sit, vel saltem tale, ut sine dantis & accipientis læsione pars commode restitui recipique possit; veluti si solutus sit totus fundus, cum pars dimidia fundi esset debita; sive pro diviso sive pro indiviso deberetur; nam si, cum centum deberentur, fundus ducentorum in solutum datus sit, quasi ducenta fuissent debita, totus fundus condici posset, salva manente debiti exactione; ne alioquin vel solvens vel accipiens in eo læsionem sustineat, quod invitus compelleretur ad communionem, ad quam ex prima obligatione, quæ pecuniaria tantum erat, non fuisset compulsus, *l. si non sortem* 26. §. *si centum* 4. 5. 6. *ff. h. t. l. cum amplius* 84. *ff. de reg. juris.* Quod si is, qui alternative duas res promiserat, utramque solverit, unam condicit, & eam quidem quam vult; electionem enim habet, *l. pen. C. h. t.* sed &, si hominem generaliter promiserit, vel Stichum aut Pamphilum, ac se Stichum debere existimans, eundem solverit, condicere potest; & alium dando liberari, *l. cum is* 32. §. *ult. ff. h. t.* Quamvis enim de eo inter veteres jurisconsultos dissensus fuerit, & Ulpianus ei, cui solutum erat, asseruerit arbitrium retinendi quod vellet, tanquam jam debitori facto ex quasi contractu, indebiti solutione, *l. si non sortem* 26. §. *pen. in fin. ff. h. t.* ac Celsus etiam in casu, quo unus ex disjunctim debitis solutus erat, ut unice debitus, repetitionem denegaverit, *l. si is, cui legatis* 2. contrarium tamen magis Justiniano a Papiniano probatum, in *d. l. pen. C. h. t.* quam & Juliani opinionem fuisse, colligi potest ex *d. l.* 37. *pr. junct.* §. *ult. ff. h. t.* quia, si maxime solvens, ex debitore jam creditor factus, censeretur solutione tali perdidisse electionis jus, quod ei ab initio qua debitori competebat, tunc hoc ipsum quoque, tanquam per solutionem indebite translatum, potuisset condicere. Ceterum illa Justiniani decisio locum non invenit, si res duæ alternative ex contractu vel testamento sic ab initio debitæ fuerint ut ipsi creditori electio competeret; tunc enim, utraque simul soluta, creditoris accipientis arbitrium foret, utram sibi retinere malit, secundum primam obligationis naturam, arg. *l. plerumque* 10. §. *ult. ff. de jure dot.* Sed & si post utriusque solutionem altera ex his desierat in rerum natura esse, id remanebit in soluto, quod superest, *d. l. cum is* 32. *pr. ff. h. t.* cum etiam necdum facta debiti alternativi solutione, unius intereuntis periculum ad debitorem spectaret, & id, quod superest, dandum foret, *l. si in emtione* 34. §. *si enim* 6. *ff. de contrah. emt.* Denique, si duo rei debendi sint *Stichi aut Pamphili*, & pariter utrumque per errorem solverint, id est, unus Stichum, alter Pamphilum, electio creditoris est, cui velit restituere, ut alterius repetitio impediatur. Cum enim singuli unum corpus solvissent, singulis electio in repetitione esse non poterat; ideoque creditori soli relinquebatur electio, quid, & cui, reddere vellet, *l. plane si duos* 21. *ff. h. t.* aliter, quam obtineret, si duo rei ejusdem pecuniæ, qui decem debebant, viginti pariter solverint; singulos enim quina repetituros, Celsus ait *l. si pœna* 19. §. *ult. ff. h. t.* Quod si diversis temporibus duo rei promittendi, vel duo confidejussores, vel reus principalis & fidejussor, singuli solidam summam solverint, vel alter Stichum, alter Pamphilum alternative debitum, is, qui posteriorem fecit solutionem, solus indebiti condictione uti potest; eo quod per prioris solutionem jure fa-

ctam obligatio tota peremta fuit, atque ita solus posterior indebitum solvisse dici potest, *l. cum duo* 25. *l. si fidejussor* 59. *ff. h. t.* Confer Cujacium *libr.* 8. *obs.* 35. Donellum *comment. jur. civil. libr.* 14. *c.* 18. *circa med. fere ad finem usque*.

6. Deinde ad condictionem indebiti necesse est, ut ignorans solverit indebitum ignoranti: nam si ignorans scienti præstiterit indebitum, condictioni potius furtivæ locus est, *l. quoniam* 18. *ff. de condict. furtiva*, arg. *l. falsus creditor* 43. *pr. l.* 44. *ff. de furtis*. Cui non contradixit Julianus in *l. servum meum* 37. *ff. h. t.* cum tantum simpliciter definiat, condictioni locum esse; an autem ea sit indebiti condictio, an furtiva, non determinat; ut proinde id aliunde petendum sit. Moribus tamen nostris condictionem indebiti magis, quam furtivam, moveri hoc in casu oportere, quia non ita facile quis hodie solet furti insimulari, notat Groenewegen ad *d. l.* 18. *ff. de condict. furt.* Si sciens scienti, vel sciens ignoranti, non debitum dederit, donasse intelligitur, *l. cujus per errorem* 45. *ff. de reg. juris*, *l. quod qui sciens* 50. *ff. h. t.* eoque pertinet casus, quo heredes, comperta voluntate defuncti, qua inutiliter fideicommissum reliquerat, illud tamen præstiterunt, cum conscientia relicti fideicommissi parentes voluntati ejus, *l. & si inutiliter* 2. *C. de fideicommissis*. Si solvens dubitet, an debeat, nec ne, adhuc repetitioni locus est, *l. ult. C. h. t.* Unde & subinde expressa cavebatur conventione, ut redderetur, si appareret indebitum, *l. si quis sic* 2. *ff. h. t.*

7. Quid, quod nec quævis solventis ignorantia sufficiens est ad indebiti condictionem, sed ea sola, quæ facti est, nec supina apparet aut affectata: nam si per juris ignorantiam contigerit indebiti solutio, repetitionem jure civili denegatam fuisse, verius est: quod & placuit Cujacio *lib.* 5. *observ.* 39. Donello *commen. jur. civ. lib.* 1. *cap.* 21. vers. *in damnis*, Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 14. Etenim id primo quidem evincit rescriptum Impp. in *l.* 10. *C. de juris & facti ignorantia*, cum ajunt, *si quis jus ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio, per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere, tibi notum est*. Quæ verba regulam universalem, velut jus certum, & supplicanti notum continentia, generaliora sunt, latiusque concepta, quam ut ad istos casus restringerentur, quibus id, quod naturali ratione debebatur, per errorem juris solutum est. Nam etsi verum sit, ista errori juris soluta repeti non posse, veluti si integra legata sine Falcidiæ detractione heres præstiterit, *l. error facti* 9. *C. ad leg. Falcid. l. regula est* 9. *§. si quis jus* 5. *ff. de juris & facti ignor.* perperam tamen ad hanc similesque pauciores facti species coarctaveris id, quod per modum regulæ juris, ac generaliter sine ulla restrictione, in *d. l.* 10. propositum est, nec alia ulla lege satis aperte limitatum invenitur, imo in jure errans opponitur errantibus, & stultis aggregatur, *d. l.* 9. *§.* 5. *ff. de jur. & facti ignor.* Deinde assertionis nostræ veritatem firmat evidenter, *l.* 1. *ff. ut in possess. legat. vel fideic. serv. causa*, ubi Ulpianus, postquam monuisset, heredem, qui cautionem legatorum nomine interposuerat, quam a testatore remissam ignorabat, condicere posse, subnectit mox dubitationem illam, si heres crediderit, non potuisse a testatore cautionem remitti, atque ita caverit, *numquid condicere possit, qui jus ignoravit?* ac respondet, *adhuc tamen benigne quis dixerit, satisdationem condici posse.* Quorsum quæso hæsitatio illa Jurisconsulti, num condicere possit hoc casu, qui jus ignoravit? quorsum responsio illa, adhuc *benigne*, adeoque præter communes juris regulas, dici posse, condici satisdationem, quo scilicet voluntas suprema testatoris, cautionem remittentis, effectum sortiretur; si vulgo, ex jure communi, juris error non impedivisset indebiti condictionem? Sed & tertio pro hac opinione facit, quod jure civili paucis tantum personis exceptis jus ignorare permissum fuit, *l. regula est* 9. *pr. & §.* 1. *ff. de juris & facti ignorant.* unde & nata illa juris regula, *juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere; & ignorantiam juris facile excusari non posse*, *d. l. regula est* 9. *l. cum ignorantia* 2. *C. eod. tit.* Etenim si noceat, vel in damnis amittendæ rei, vel in damnis amissæ rei obesse debet; cumque generaliter traditum sit, *omnibus errorem juris in damnis amittendæ rei suæ non nocere*, *l. error facti* 8. *ff. de juris & facti ignor.* non aliud superest, quam ut ergo in damnis amissæ rei damnosus sit: quod & in nostra quæstione contingit, ubi dominium solutione in accipientem translatum, atque ita amissum est. Nec dictis adversantur ea, quæ post alios a Vinnio in contrarium adducta sunt, *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 47. Quod enim ait, condictionem indebiti ex bono & æquo introductam esse, ac proinde non nisi æquitatis exceptione posse elidi, quæ nulla est, nec uspiam apparet; id vero debilius est, cum frustra laboretur de eo, quanam exceptione actio eligenda sit, ubi jus in pœnam ejus, qui jus ignorat, omnem denegavit actionem, condictionem, seu repetitionem, atque ita ipso jure nulla actio est, quæ exceptione perimenda foret, *d. l.* 10. *C. de jur. & facti ignor.* Nec momenti majoris est, quod urget, non inveniri adhibitam distinctionem inter juris & facti errorem in toto titulo Pand. aut Cod. de indebiti condictione: sufficit namque, quod aperte satis in tit. de juris & facti ignorantia (æque idonea istius quæstionis sede) distinctio ista circa indebiti solutionem data sit. Frustra quoque adducitur, juris ignorantiam non nocere *suum* petentibus, *l. juris ignorantia* 7. *ff. de juris & facti ignor.* non enim hic de rei suæ petitione quæstio est, cum secundum ante dicta is, qui solvit, dominus esse desierit, ac condictione indebiti non *suum* repetat, sed sibi debitum ex quasi contractu. Nec est, quod hanc inter *suum & sibi debitum* distinctionem captiosam cum Vinnio existimes; nisi & aliis in locis jurisconsultos vestros verbis lusisse ac cavillatione usos dicas, dum in explicandis ultimarum voluntatum conjecturis *suum* accurate separant ab eo, quod testatori debebatur & *in credito erat*, quia non videtur suum esse, quod vindicari non potest; uti id constat ex *l. Quintus Mucius* 27. *§. argento* 2. *l. scribit Quintus* 34. *ff. de auro, argento, legato.* Nec ipse Vinnius negare sustinuerit, dominium soluti translatum esse, dum non vindicationem solventi, sed solam indebiti condictionem, assertam cupit. Nullum denique sententiæ contrariæ patronis præsidium est in legibus ullis per eos adductis, quales sunt *l.* 7. *ff. de condict. caus. data l.* 7. *ff. de condict. ob turp. causam*, *l.* 2. *l.* 3. *l.* 23. *§.* 2. *l.* 32. *§.* 1. *l.* 43. *l.* 54. *l.* 59. *ff. h. t. l.* 5. *C.*

h. t. cum in his omnibus, aliisque similibus, nullam nominatim juris aut facti mentionem habentibus, propositæ factorum species æque de interposita per facti ignorantiam solutione indebiti explicari possint, ac eas ad juris ignorantiam alii detorquere nituntur. Et quod ajunt, in quibusdam legibus suprascriptis agi de solutione facta contra proprium factum, cujus ignorantia probabilis non est, nec excusationem tribuit, indeque conjecturam capiunt, ergo errore juris ibi solutum esse, non multum stringit; tum quia non omnis facti proprii ignorantia, præcipue post temporis longioris decursum, improbabilis est; tum etiam quia & tunc, cum promissio per vim extorta est, vel jusjurandum interpositum, indeque metus aut jurisjurandi exceptio cœpit competere metum passo aut juranti, non ipse promissor, sed heres ejus vi promissionis potuit exsolvisse, ignarus, defunctum jurasse, aut vim perpessum esse. Ut proinde ne sic quidem ulla necessitas adigat ad leges illas de juris ignorantia accipiendas. Cumque hæc sententia nec rationi repugnet, nec æquitati, causam non video, cur aliud moribus hodiernis statuendum foret; dum obvii quoque sunt hodie juris periti, quos consulere non modo possunt, sed & debent, qui juris imperiti sunt, ne errantes impingant in ea, quæ legibus cauta sunt: tametsi non ignoro, aliud placuisse Hugoni Grotio *manuduct. ad jurisprud. Holland. libr.* 3. *cap.* 30. *numer.* 19. Simoni van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 14. *numer.* 3.

8. Competit hæc actio solventi indebitum, & hæredi ejus, ac domino, cujus mandato procurator, *l. si procurator* 6. *l. si fundi* 12. *ff. b. t. l. si per ignorantiam* 6. *C. b. t.* nec non pupillo, cujus nomine tutor solvit, *l. cum indebitum* 57. *ff. b. t.* non item procuratori, aut tutori, si pupilli vel domini mandantis nomine indebitum per eos solutum sit; sive de suis sive de pupilli dominive nummis, *d. l.* 6. *§. ult. ff. b. t.* arg. *l. dominus* 53. *ff. b. t.* si modo tutor ita solutum in rationes pupilli retulerit, & de mandato, procuratori ad solvendum dato, aut saltem de subsecuta domini ratihabitione, constet: nam si neque tutor indebite soluta pupillo imputaverit, neque mandatum aut ratihabitio appareat, ipsi magis tutori vel procuratori, qui de suo solvit, condictio danda foret, *l. si procurator* 6. *pr. l. ul. §.* 1. *ff. b. t.* uti rei vindicatio ipsi nummorum corporumve solutorum domino, *l. qui heredis* 46. *ff. b. t.* arg. *l. dominum* 53. *in fine ff. b. t.*

9. Si quis indebitam pecuniam per errorem promiserit, eamque is, qui pro eo fidejusserat, solverit; si quidem nomine promissoris promissori adversus accipientem, fidejussori contra promissorem, actio danda fuit: sin suo nomine, ipse a stipulatore indebite solutum repetere potest, & quod ab eo consecutus non est, in subsidium actione mandati a promissore, *l. indebitam* 47. *ff. b. t.* junct. *l. frater a fatre* 38. *§. ult. ff. b. t.* quod si, cum pro vero quis debito fidejussisset, illud exsolverit, quasi ipse principaliter deberet, repetere nequit hac actione, cum & vere debitor fuerit, & suum creditor verus consecutus sit; etsi fidejussor in ea causa fuisset, ut ante solutionem sese ordinis aut divisionis beneficio potuisset tueri; eo quod in fidejussore tali severior & utilior illa sententia probata fuit, solutionem non indebitæ quantitatis non debere revocari, *l. si testamento* 49. *§. ex duobus* 1. *ff. de fidejuss.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 30. *numer.* 14 15. 16. quam tamen soluti repetitionem haberet fidejussor, si post interpositam fidejussionem & subsecutum ad eam pactum *ne a se pecunia petatur*, nihilominus per imprudentiam solvisset, quasi deberet ex fidejussione, *l. cum is, qui* 32. *§.* 1. *l. si fidejussor* 59. *ff. b. t.* & generaliter, si quis id solverit, quod ipse non debebat, alius autem debebat, si quidem suo nomine solverit, quasi ipse deberet, jure condicit, *l. si pæna* 19. *§.* 1. *l. in summa* 65. *§. ult. ff. b. t.* sin nomine debitoris, cessante condictione liberabitur debitor a creditore, qui suum recepit; incipietque solventi negotiorum gestorum judicio, aliove simili, ad restitutionem devinctus esse, *l. repetitio* 44. *ff. b. t.* Cujacius *observ. libr.* 8. *cap.* 9. Neque pugna ulla est inter *d. l.* 19. *§.* 1. *ff. b. t.* & *l. de hereditate* 5. *C. de petit. hered.* quarum illa heredi putativo tribuit repetitionem eorum, quæ creditoribus hereditariis exsoluta sunt; hæc negat, solamque dat ex hereditate restituenda deductionem. Etenim deductioni, ex hereditate restituenda tunc locus est, cum possessor ejus res hereditarias tenet, quæ ejusdem sunt generis cum solutis, sic ut compensatio admitti possit, juxta *l. in restituendæ* 4. *C. eod. tit. de petit. hered.* aut saltem tales, ut per earum deductionem satisfieri possit hereditatis possessori; quippe quibus in casibus perinde censeri debet, ac si possessor hereditatis ex rebus hereditariis creditores dimisisset. Contra vero condictio indebiti, tanquam necessaria, danda erit, cum vel non tantam hereditariarum rerum quantitatem tenet, aut non res tales, quarum detractione in restitutione hereditatis posset indemnis servari. Nec est, quod regeras, possessori hereditatis ne tum quidem, cum vere indebitum solvit, condictionem dari, sed magis heredi vero, qui evicit hereditatem, *l. idem est* 3. *l.* 4. *l.* 5. *ff. b. t.* Vero namque heredi condictio illic accommodatur, quia ex rebus hereditariis legata indebite soluta erant, & possessor hereditatis in bona fide positus non tenetur, nisi in quantum locupletior factus est; ac proinde, ne periculum talis debiti, ex solutione non debita nati, ad eum pertineret, placuit, ei magis dari condictionem indebiti, cujus periculo est, *d. l.* 3. *in fine*.

10. Fit tamen aliquando, ut & alias, quam qui solvit, cujusve nomine solutum est, indebiti condictionem habeat. Si enim heres testamento scriptus hereditatem adierit, & solutis legatis eo testamento datis nova & inopinata causa ei hereditatem abstulerit; dum testamentum aut injustum, aut nullum, aut ruptum, aut falsum, aut secundum leges veteres inofficiosum, pronunciatum est; aut minor viginti quinque annis heres scriptus, ac inconsiderata aditione læsus, impetravit in integrum restitutionem; præstitas ex causa legati res hereditarias condicet utiliter, quicunque evacuato testamento succedendi jus habet; adeo ut & nominum talium periculum ad eum, non ad bona fide solventem, spectet; *l. militis codicillis* 36. *§.* 2. *ff. de test. milit. l.* 2. *§.* 1. *l.* 3. 4. 5. *ff. b. t.* licet & ei, qui ex his causis inefficacibus solvit, condictio non videatur deneganda, *l. Papinianus* 8. *§. si ex causa* 16. *ff. de inoff. testam. l. quod si possessor* 17. *ff. de petit. hered.* Similiter, si tutores pupilli quibusdam creditoribus patris ex patrimonio paterno solverint, sed postea, non sufficienti-

bus bonis, pupillum abstinuerint, id quod amplius prioribus creditoribus solutum est, quam vere erat debitum ex non sufficiente patrimonio paterno, non tam per tutores bona fide solventes, quam potius per creditores ceteros, per istam solutionem læsos, condicendum est, *l. tutores* 61. *ff. h. t.*

11. Conveniendi hac actione illi, qui indebitum acceperunt, & heredes eorum; atque ipsi etiam pupilli quatenus inde locupletiores facti sunt, arg. *§. ult. Instit. quib. alien. licet vel non*, *l. naturaliter* 13. *§. item quod* 1. *l.* 14. *ff. h. t. l. ait prætor* 3. *§. pupilli* 4. *l. si pupilli* 6. *ff. de negot. gestis*, Gotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 30. *numer.* 34. Non item alii, quibus solutum non est, licet ipsis solutio videri posset profecisse, *l. his solis* 49. *ff. h. t.* Quo fundamento procul dubio a Jurisconsultis Hollandicis responsum fuit, eum, qui indebite persolverat tributum *quadragesimæ*, condictione indebiti repetere soluta ab ipso illo tributi illius quæstore, etiamsi jam ærario illata fuissent sic perperam soluta. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 51. & *d. part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 71. *pag.* 219. 220. Si tamen procuratori indebitum solutum sit, non dubium, quin contra dominum mandantem condictio danda sit, cum ipse videatur ita solutionem acceptasse, si modo speciale indebiti accipiendi mandatum intercesserit: nam si tantum generale de rebus domini administrandis datum sit, ratihabitione insuper opus esset, cum sub generali mandato indebiti acceptio comprehensa non sit, quippe de qua nec cogitatum fuit. Et hoc est, quod Paulus voluit *l. si procurator* 6. *§.* 1. *ff. h. t.* Eaque nititur ratione, quod Papinianus scripsit, si nominatim creditor suo mandaverit debitori, ut majorem, quam quæ debebatur, quantitatem suo foveret procuratori, isque errore lapsus amplius debito præstiterit, indebiti cum eo, qui delegavit seu mandavit, actionem esse, *l. cum indebitum* 57. *§.* 1. *ff. h. t.* Cum ex adverso, si quid falso procuratori indebite solutum sit, vel vero quidem, sed supra quantitatem mandato definitam, vel generali tantum mandato munito, ad quod ratihabitio acceptati indebiti secuta non est; non cum domino, cujus ille mandatum simulavit, aut saltem sufficiens non habuit, sed cum ipso illo procuratore, indebitum accipiente, experiendum foret, *l. creditoris* 8. *C. h. t. l. procurator* 6. *§.* 1. *d. l.* 57. *§.* 1. *ff. h. t.* Nec longe ab hac facti specie recedit ea, quam Paulus proponit in *l. si donaturus* 9. *§.* 1. *ff. de condict. caus. non secuta*, puta, si mulier sponsa jusserit ei, qui se debitorem mulieris putabat, dotis nomine promittere ac solvere sponso suo: nuptiis namque secutis, ac dotis solutione facta, non contra maritum, cui solutum est (quippe suum gessit negotium, nec indotatam duxisset) sed contra mulierem errore comperto condictionem solventi competere, responsum est, quasi ipsi mulieri datum esset, quod ejus jussu debitor putativus sponso dedit. Pari ratione, si quid, *adjecto solutioni* indebite solutum sit, non ab eo, sed ab ipso stipulatore (qui sibi aut adjecto stipulans, mandat adjecto solvi), repetitionem habet, qui solvit, *l. qui hominem* 34. *pr. l. si ita stipulatus* 59. *in fine ff. de solut.* Et generaliter, quicunque pecuniam indebitam alieno creditori promittere delegatus est, ei adversus delegantem accommodari condictionem, Antonius rescripsit, *l. si citra* 2. *C. h. t.*

12. Tendit indebiti condictio ad id, ut, quæ indebite facta sunt, quantum ad suos effectus infecta reddantur, quoad ejus fieri potest, adeoque cautiones interpositæ viribus carere jubeantur, sin infecta fieri nequeant cum condicentis utilitate, æstimatio factorum præstetur ab his, quibus ea profuerunt, ut plenius tradidi *tit. de inoff. testam. numer.* 18. Si possessionem alienæ rei indebitam quis solverit, dum se ad possessionem solvendam seu transferendam devinctum opinabatur, ipsa quoque possessio indebite translata condici hac actione potest, etiamsi jam tanto temporis spatio per accipientem res possessa sit, quantum secundum leges sufficit ad usucapionem aut præscriptionem rei adversus verum ejus dominum adimplendam, *l. indebiti soluti* 15. *§.* 1. *ff. h. t.* arg. *l. si alienam* 13. *ff. de mortis causa donat.* Quod enim is, qui possessionem non debitam nactus erat, etiam directum aut utile rei dominium per usucapionem aut præscriptionem adeptus fuit, id non aliunde factum, quam ex eo, quod in ipsum possessio indebite translata erat; ac proinde, quemadmodum ipsa possessio, indebite tradita, jure optimo per hanc repetebatur condictionem, ita quoque cum possessione redeunte redire simul debebat omnis istius possessionis sequela, adeoque etiam dominium directum vel utile, longi temporis possessione non debite translata quæsitum, arg. *d. l. si alienam* 13. *ff. de mortis causa donat.* Quod si res non debite solutæ seu traditæ sint, eas una cum accessionibus & fructibus restitui, hac actione desideratur, *l. indebiti soluti* 14. *ff. h. t. l. videamus* 38. *§. item si indebitum* 2. *ff. de usuris.* Si tamen res per accipientem bona fide divenditæ sint, licet viliore pretio, non nisi pretium, quod inde redactum, reddendum est; cum placuerit & hic, bonæ fidei possessores non ultra teneri, quam in quantum locupletiores inde facti sunt, *l. idem est* 3. *l. si non sortem* 26. *§. libertus* 12. *post med. ff. h. t.* Plane, si res fungibiles indebite solutæ sint, in restitutione ratio usurarum habenda non est; eo quod hæc actio stricti juris est, in qua nullæ ex mora usuræ debentur, *l.* 1. *C. h. t.* Cui non adversatur *l. ult. in fin. ff. de constit. pecun.* cum agat de usuris, ipsius indebitæ sortis nomine solutis, repetendis, quod licet, *l. si non sortem* 26. *§. si quis falso* 2. *ff. h. t.* Nec recte cum nonnullis exceperis casum illum, quo indebitum accipiens, id, quod acceperit, fœnori collocavit, & usuras ipse consecutus est, quasi & tunc eas una cum sorte indebita restituere compellendus esset. Etenim durum nimis foret, sortem quidem indebite solutam, & ab accipiente fœnori collocatam, periculo ejus esse, qui bona fide collocavit; commodum vero, qualis est usura, ei cedere, qui indebitum solvit, cujusque periculo sors non est; cum ex adverso æquum natura visum fuerit, eum usuras retinere, ad cujus periculum sors pertinuerat, *l. si unus* 67. *§. si unus* 1. *ff. pro socio*, *l. idemque* 10. *§. si mandavero* 8. *ff. mandati.*

13. Quod si sors ipsa soluta debita fuerit, usuræ autem solutæ indebitæ, usurarum repetitio denegata est, *d. l. si non sortem* 26. *pr. ff. h. t.* sive usuræ civiliter tantum indebitæ fuerint, naturaliter debitæ, pacto forte promissæ in judicio stricti juris, juxta *l. quamvis usuræ* 3. *C. de usuris*, sive neutro jure debitæ, quia tunc tamen considerari possunt velut antidora, & liberalitas quædam remuneratoria, spon-

te præstita pro concesso beneficio gratuiti usus sortis, Ant. Faber *in rational. ad d. l. 26. in pr.* qualis obligatio ad antidora, etsi solo munita sit pudoris, non item datæ fidei aut promissionis vinculo, arg. *l. sed & si 25. §. consuluit* 11. *ff. de petit. heredit.* sufficiens tamen esse videtur ad impediendam indebiti condictionem. Si enim ne tum quidem repetitio sit, cum quis dedit ob causam præteritam, quam per errorem putabat subesse, veluti, quia aliquid ab eo, cui dat, consecutum se credebat, aut aliquid ab eo præstitum, quod factum non erat, *l. dam.* 52. *l. in summa* 65. *§. id quoque* 2. *ff. h. t.* longe minus condictioni locus esse debet, ubi beneficiis vere provocatus, remunerandi gratia quid dedisse proponitur; cum non alia tunc, quam donationis, conjectura capi possit, arg. *d. l.* 65. §. 2. eoque facit etiam, quod libertus, qui officiales patrono operas præstitit, ad quas sola libertatis præstitæ recordatione & gratitudinis naturali ratione obligatus erat, easdem haud potuerit ut indebitas condicere, *l. si non sortem* 26. *§. libertus* 12. *ff. h. t.* Toldenus ad *Cod. h. t. num.* 5. Ant. Matthæus *de obligation. disput.* 25. *num.* 27. Si tamen usurarum, ita indebite pro sorte debita solutarum, quantitas egrediatur legitimum usurarum modum, quod excedit, sorti imputatur, & velut sors hac repetitur indebiti condictione, *d. l. si non sortem* 26. *pr. & §.* 1. *ff. h. t.*

14. Ceterum onus probandi indebitum esse, quod solutum est, incumbit actori; quia præsumtio pro eo est, qui accepit; dum is, qui solvit, non ita resupinus creditur, ut facile suas pecunias jactet, & indebitas effundat, *l. cum de indebito* 25. *ff. de probation.* nisi actor miles sit, aut mulier, aut minor; aut majorennis quidem, sed agricultor, & forensium rerum expers, vel simplicitate gaudens; quippe qui omnes in adversarium rejiciunt probandi onus, *d. l.* 25. §. 1. vel nisi reus hac conventus actione, negaverit solutionem sibi factam esse, & mendacii convincatur; tunc enim, quia semel in mendacio deprehensus, atque ita malus probatus, deinceps in eodem mali genere semper malus, adeoque mendax præsumi debet, ea juris præsumtio, contra eum ex mendacio præcedente nata, eundem probandi gravat necessitate, *d. l.* 25. *pr. ff. de probation.* Probasse autem indebiti solutionem actor inter alia & tunc existimandus est, cum duas debiti ejusdem apochas, diversis conscriptas temporibus, quarum posterior nullam prioris mentionem habet, producit: in quantum saltem post triginta dierum lapsum (intra quos exceptio non numeratæ pecuniæ potuisset apochæ priori opponi, *l. in contractibus* 14. *§. super* 2. *C. de non num. pecun.*) is, contra quem apocha duplex producta est, numerationem ex una secutam non esse, teneretur docere, Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 14. *defin.* 70.

15. Cessat autem variis in casibus facultas condicendi indebite soluta: puta, quoties solutio facta est illis ex causis, in quibus lis inficiando in duplum crescit, *l. ea, quæ* 4. *C. h. t. §. ult. Instit. de oblig. quæ quasi ex contractu*, eo quod ab initio simplum solvere maluisse censetur, quam per inficiationem sese periculo condemnationis in duplum exponere, atque ita super duplo quasi transegisse; at si quid transactionis causa datum fuerit, condici nequit velut indebitum, etiamsi res nulla media fuerit, nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse: nisi evidens calumnia detegatur, & ita transactio imperfecta sit; videtur enim vocula *ita* subaudienda, ut sensus sit, *nisi evidens calumnia detegatur, & ita transactio imperfecta sit, l. in summa* 65. *§. & quidem* 1. *ff. h. t. l. si citra* 2. *C. h. t.* Sed cum moribus nulla lis ex inficiatione in duplum crescat, atque adeo nec transactio quædam in eo, qui istis ex causis solvit, concipi queat, consequens est, etiam nunc illis indebiti condictionem oportere dari, qui probare poterunt, se quasi ex lege Aquilia vel deposito miserabili, vel ex causa legati venerabilibus locis relicti, solvisse, quod debitum non est, Groenewegen ad *§. ult. Instit. de obligat. quæ quasi ex contractu*, parens p. m. Paulus Voet ad *d. §. ult. num.* 2. Quamvis de cetero adhuc hodie ita jus sit, ut ex causa transactionis solutum condici nequeat, convenienter juri Romano: uti nec, quod solutum ex causa jusjurandi, *l. non erit* 5. *§. dato* 2. *ff. de jurej.* vel rei judicatæ, *l.* 1. *C. h. t. l. cum putarem* 36. *ff. famil. ercisc. l. ex causa C. de compensat.* quia res judicata pro veritate habetur, *l. ingenuum* 25. *ff. de statu homin.* & olim judicati actio ex inficiatione in duplum crevit, teste Paulo *recept. sent. lib.* 1. *tit.* 19. & *lib.* 5. *tit.* 5. *§.* 7. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 30. *num.* 30. *& seqq.* nisi transactio, ob quam solutum est, ab initio inutilis fuerit, vel, cum ab initio substitisset, postea infirmata sit, vel credita fuerit intercessisse, quæ vere interposita non est, *l. eleganter* 23. *pr. & §.* 1. *&* 3. *ff. h. t.* vel nisi evidens in jurejurando calumnia probata sit; ut dixi *tit. de jurejur. num.* 25. vel sententiæ ex falsis allegationibus latæ auctoritas rescissa sit, ut explicui *t. familiæ ercisc. num.* 34. vel is, qui condemnatus erat, ut debitum quoddam solveret, post solutionem ex condemnatione factam reperit apocham qua id debitum jam ante litem motam aut latam sententiam solutum patet: petita in omne eventum in integrum restitutione adversus illam rei judicatæ auctoritatem, quam hoc in casu ratam manere, iniquum prorsus foret, arg. *l. si fullo* 2. *ff. de condict. sine causa*, Joh. Papon *lib.* 10. *t.* 6. *art.* 1. Costalius ad *d. l.* 2. *ff. de condict. sine causa.* Si tamen ob rem non defensam quis solvere condemnatus fuerit, solutum non repetit, etsi postea defendere paratus sit, & nihil deberi docere possit: eo quod non tam indebitum, quam potius negligentiæ vel contumaciæ pœnam solvisse intelligitur, *l. qui ob rem* 35. *ff. h. t.* arg. *l. si ex duobus* 14. §. 1. *ff. judicatum solvi.*

16. Deneganda insuper hæc condictio, quoties ei specialiter renunciatum est; aut solvens adjecit, se donare, si quid indebite solutum sit, arg. *l. in summa* 65. *§. id quoque* 2. *ff. h. t. l. si inter patrem* 6. *C. de solution.* Generalis sane renunciatio condictioni huic impedimentum non facit; qualis est pactio illa, quæ in pariationibus (id est, computationibus hinc inde ita factis, ut nihil debeatur), adscribi solet in hunc modum, *ex hoc contractu nullam intra se controversiam amplius esse, l. ult. §. idem quæst.* 3. *ff. h. t.* ibique Costalius & Gothofredus *in notis.* Sed &, si insignis appareat pietatis ratio, indebiti soluti repetitio non datur: unde si mulier in ea opinione fuisset, ut se pro dote obligatam crederet,

quicquid dotis nomine marito dederit, non repetit; quia, ut Julianus ait, sublata falsa opinione, relinquitur pietatis causa; ex qua solutum repeti non potest, *l. cum is* 32. *mulier §.* 2. *ff. h. t.* Quomodo etiam de patre cautum est, eum si falso existimans, se filiæ suæ debitorem esse, dotem promiserit, obligatum fore, *quemadmodum* 46. *§. ult. ff. de jure dot.* Et his simile est, si commiserationis intuitu indigentibus, vel proximis, indebitum solutum sit, arg. *l. patrem* 16. *C. de nuptiis*, *l. & si quis* 14. *§. sed interdum* 7. *ff. de religios.* Grotius *manud. ad Jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 30. *n.* 33. Non tamen, si maritus uxori amplioris dotis restitutionem per errorem promiserit, qua accepit, *l. pen. §. mulier* 4. *ff. soluto matrim.*

17. Præterea condictioni indebiti locus non est, si solutum sit ex illis causis, ex quibus retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, *l. ex quibus causis* 51. junct. *l. si in area* 33. *ff. h. t.* Aut si secundum dicta in pr. hujus tituli solutum fuerit quod civiliter quidem indebitum, naturaliter vero debitum est. Ut tamen quandoque & illud, quod natura debitum si solutum sit, condici possit tamquam indebitum; dum jus civile improbavit debitum illud naturale; idque vel propter publicam utilitatem; uti id apparet in donatis contra legem Cinciam aliasque posteriores, naturalem donandi libertatem coarctantes, *l. ut mibi* 21. *§. ff. de donat.* junct. *l. sancimus* 34. *pr. C. eod. t.* vel debitoris ipsius favore. Qua ratione, tametsi verum est, mulierem ex tua intercessione, pupillum, prodigum, minorem curatoris arbitrio subjectum, sine tutoris aut curatoris auctoritate contrahentes naturaliter obligari, *l.* 1. *in fine ff. de novation.* relicta supra dodrantem legata, secundum juris naturalis præcepta deberi: si tamen ex his causis solutio contigerit, efficit sexus & ætatis ac prodigorum infelicium favor atque commiseratio, quin & utilitas hæredis, contra legem Falcidiam, in suum commodum introductam, legatis gravati, ut condictio soluti per leges data fuerit mulieri intercedenti, *l. qui exceptionem* 4. *ff. h. t.* pupillo, prodigo, minori sine tutore aut curatore promittenti, *l. interdum* 29. *l. quod pupillus* 41. *ff. h. t.* junct. *l. is, cui bonis* 6. *ff. de verbor. obligat. l. si curatorem* 3. *C. de in integrum restit. minor.* heredi supra dodrantem onerato; *l. error facti* 9. *C. ad leg. Falcid.*

18. De pœnis solutis, utrum hac condictione repeti possunt, dicendum videtur, non facile quidem præsumendum esse, quod quis pœnas indebitas sponte sua soluturus sit, nullius maleficii sibi conscius; illis præsertim ex causis, in quibus ex inficiatione nullum subest dupli periculum; sed tamen probato evidenter indebito, ejus quoque, quod pœnæ nomine solutum est, repetitionem esse, ubi statim ab initio, non demum ex inficiatione, lex dupli vel quadrupli actionem dat. Ita Ulpianus in *l. eleganter* 25. *§. ult. ff. h. t.* nullo modo sibi, aut Gajo, contrarius, dum ipse alibi scripsit, *pœnas non solere repeti cum depensæ sunt*; *l. pœna* 42. *ff. h. t.* & Gajus, *id quod a quoquo pœnæ nomine exactum est, eidem restituere neminem cogendum*, *l. quod a quoque* 46. *de reg. jur.* Cum leges ista de illis sint accipiendæ casibus, quibus pœna soluta ab initio debita erat, sed post solutionem aliquid supervenit, quod videri posset eandem deinceps indebitam efficere. Qua ratione, si legatarius, pendente legati condictione, de tabulis testamenti exhibendis egerit, possessor autem tabularum ob eas ex contumacia non exhibitas in id quod interest condemnatus solverit repetitionem ei non dari, idem Ulpianus docet, etsi postea legati conditio defecerit; quia pœna contumaciæ est præstita ab eo, qui non exhibet, *l. locum habet* 3. *§. & si sub* 14. *ff. de tabulis exhib.* Similiter eum qui ex lege Julia ambitus damnatus centum aureorum pœnam solvit, in integrum restitutum pecuniam non recipere, Modestinus auctor est, *l.* 1. *§.* 2. *ff. de l. Jul. Ambitus.* Sed &, qui ob rem defensam quid solvit, quamvis postea defendere paratus sit, non repetit quod solvit, *l. qui ob rem* 35. *ff. h. t.* Denique nec debitorem, si furtum pignoris fecerit creditori, pœnamque ei solverit, cum pignore pœnam recuperare, Ulpianus definit *l. si pignore* 22. *pr. ff. de pignorat. act.* Cujacius *lib.* 8. *observat.* 39. Cum tamen alioquin in levioribus quibusdam pœnitentiæ locus sit, & quis faciendo id, ob quod non factum jam ad id, quod interest aut pœnam cœperat obligatus esse, vel etiam condemnatus, evitet tamen pœnæ præstandæ necessitatem: ut id apparet in debitore, qui propter contumaciam circa pignoris restitutionem jam creditori damnatus, solvendo quod debet, evitat pœnam, *legem si fundus* 16. *§. si pluris* 6. *ff. de pignor. & hyp.* quemadmodum & in filio vel liberto, qui, sine venia parentem patronumque vocando cœperat ad aureos quinquaginta obligatus esse, ex pœnitentia absolvitur a pœnæ præstandæ necessitate, *l. quamvis* 11. *ff. de in jus voc.*

19. Quod si secundum mores hodiernos mulier, quæ in mariti sui perpetua tutela est, stante matrimonio sine viri consensu contraxerit illis in causis, quibus id lege municipali vel consuetudine interdictum est atque etiam solverit, in Hollandia magis est, naturalem istam mulieris obligationem impedimento non esse, quo minus soluta maritus stante matrimonio, ipsa vero mulier eodem dissoluto, condicat; etiam tunc, cum demum post obitum mariti, jam sui juris effecta, debiti talis durante maritali potestate contracti solutionem fecit; si modo errans, ac putans se efficaciter obligatam, solverit; cum in Hollandia tale debitum numquam convalescat, atque adeo verum sit, etiam tunc, cum post obitum mariti uxor id solvit, indebitum dari. Secus, si non ignara juris sui, se scilicet invitam ad solutionem compelli non posse sponte tamen sua creditori satisfecerit, & sic agnoverit impleveritque bonam fidem: cum enim jam ejus conditionis sit, ut & nova debita suo queat arbitrio contrahere, ac semet ipsam efficaciter obligare, quid ni ratam quod ex certa scientia habere ac confirmare contractam ab initio lege refragante obligationem, ac eo illam habere loco, quasi non viro vivente sed ipso jam mortuo nata esset? Contrarium Ultrajectinis placuit, apud quos ita jus est, ut mulier stante matrimonio clam viro contrahens virum quidem obligatum non reddat, ipsa tamen efficaciter obligetur, sed dilata executione in illud tempus, quo per matrimonii diremtionem tutoria mariti sui potestate incipiet soluta esse. Sive ergo debitum tale ipsa solverit soluto matrimonio cessat repetitio, quia id solvit, quod jam naturaliter & civiliter debitum exactionem habet.

Sive ex opposito solutionem fecerit durante adhuc conjugio, maritus quidem id, quod ab uxore solutum est, suo jure suoque nomine revocare potest, ne alioquin ex facto uxoris patiatur dispendium, dum cariturus esset solutorum usu & utilitate: ipsa vero mulier nec soluto matrimonio condicit ea, quippe jam pleno jure debita, nec eodem durante; tum quia sine viro non habet legitimam personam standi in judicio; tum quia mulieris intuitu ex tali obligatione natum est debitum in diem, certo certius extiturum, certamque exactionem habiturum, puta, nuptiis dissolutis; etsi incertum sit, quando illa dissolutio secutura sit. Quod autem ita in diem certo extiturum debetur, id ante illum diem solutum repeti non potest indebiti condictione, ac ne medii quidem temporis interusurium peti, secundum ante dicta *h. t. numer.* 3. Confer Rodenburgium *de jure conjug. tract. prælim. de statut. divers. cap. ultim. pag.* 186. *& seqq.* Porro eadem ratione qua debitum a muliere, clam viro, contractum atque solutum, repeti potest tamquam indebitum, etiam defendi potest, recuperari posse indebiti condictione feudum, quod per vasallum, non obtenta a domino directo testandi licentia, legatum fuit, si successor feudalis errore facti lapsus, dum putat, testandi veniam obtentam esse, vel rem allodialem esse credit, eandem ex causa legati legatario præstiterit; quia scilicet debitum naturale quale feudi, sine domini assensu legati, usu hodierno prorsus improbatum est; ut post alios Petrus Bort *de feud. Holland. part.* 5. *t.* 2. *cap.* 1. *n.* 50. *pag. mihi* 74.

20. Coronidis loco commodum fuerit hic subnectere paucis, quoad ejus fieri potest, illustratam facti speciem, quæ est in *l. frater a fratre* 38. *pr. ff. h. t.* scilicet, *frater a fratre, cum in ejusdem* patris *potestate essent, pecuniam mutuatus*, incepit fratri, ex peculio suo mutuum danti, ac per hoc etiam patri, cui jure patriæ potestatis per filiumf. mutuantem obligatio quærebatur, naturaliter obligatus esse. Hanc ergo pecuniam ita debitam frater debitor *post mortem patris*, ac divisam inter se ac fratrem creditorem paternam hereditatem, *ei solvit. Quæsitum est, an* frater debitor, id quod sic solvit *repetere possit?* Respondi, *utique quidem pro ea parte, qua ipse*, qui solvit, *patri heres extitisset repetiturum*, cum eatenus etiam successerit in peculium fratris creditoris, paternæ hereditati per collationem unitum, atque ita inceperit sui ipsius debitor & creditor esse; quo fit, ut etiam statim ea pro parte debitum confusione extinguatur: cui consequens erat, id post talem confusionem & obligationis interitum persolutum erat, optimo jure ut indebitum condici: *Pro ea vero* parte, *qua frater* creditor *heres extiterit*, fratrem debitorem *ita repetiturum, si non minus ex peculio suo*, quod ipse, patri una cum fratre creditore succedens, eidem fratri creditori contulerat, *ad fratrem* creditorem *pervenisset;* dum forte frater debitor trecenta habens in peculio, unde centum fratri debebat, integra trecenta contulit, non deductis istis centum fratri debitis. *Naturalem enim obligationem*, quæ inter fratrem debitorem & fratrem creditorem adhuc post patris obitum ante collatum peculium subsisterat, *hoc ipso sublatam videri, quod peculii*, per fratrem debitorem sine debiti deductione collocati, *partem frater* creditor *sit consecutus.* Cum enim peculium, æque ac hereditas, universitas juris esset, commoda pariter & onera continens, fieri aliter haud poterat, quam ut, quemadmodum hæres pro ea parte, qua heres est, onus æris alieni hereditarii agnoscere tenetur, ita quoque hic frater creditor, adeptus ex collatione partem dimidiam peculii ad fratrem debitorem pertinentis, etiam pro rata partis illius ferret onus æris alieni peculiaris; atque ita ipse quoque partis istius intuitu inciperet sui ipsius creditor & debitor esse; quo ipso cum altera quoque pars debiti per confusionem extincta esset, frater debitor postea solvens non intelligi alteram quoque debiti partem indebite solvisse. Totum vero decisionis hujus posterioris fundamentum in eo est, quod onus peculii sequatur peculium, gravetque eum, qui peculium cedit, ac ex peculio deducendum sit, *adeo ut, si prælegatum filio eidemque debitori id* debitum *fuisset*, non *peculium* ut aliis placet; cum & debitum seu liberatio debitori in jure nostro prælegari dicatur, *l. non solum* 8. *§. si heres* 6. *ff. de liberat. leg.* quia debitor rei debitæ dominus est, *l. ff. eod. t.* habetque jam legatum penes se, *l.* 1. *§.* 2. *ff. ut in possess. legat. §. deductio hujus debiti a fratre* debitore (non creditore, ut aliis videtur) *ex eo fieret* peculio, ad cujus collocationem frater debitori jure communi obligatus erat, sic ut tunc trecenta secundum exemplum superius positum, sed sola ducenta conferre tenetur, deductis centum sibi prælegatis, & nihilominus peculio ducentorum manente gravato per illud onus æris alieni aureorum centum, quos frater a fratre ante patris communis obitum mutuos acceperat. Unde etiam fit, ut frater debitor ducenta conferens, ex quibus centum per divisionem cedebant fratri creditori, simul in eum quoque transferret onus æris alieni, peculio coherens, pro parte dimidia seu pro quinquaginta: quæ quinquaginta dum hac ratione sibi ipsi incipit debere frater creditor, extingui hactenus debitum necesse fuit; atque ita ex collatione tandem frater creditor cum effectu nil præter quinquaginta hoc casu lucratur. Ut autem hæc deductionis facultas fratri debitori magis assereretur, argumentum in sequentibus hujus legis verbis dabitur a potestate repetendi, si forte non fratri, sed extraneo debuisset frater ex suo peculio id, quod ei pater prælegavit, (nam & liberatio legari potest ratione ejus, quod legatarius non testatori sed extraneo debet, ad id, ut heres extraneo creditori pro legatario solvat, *l. liberationem* 3. *§. ult. l.* 4. *l. non solum* 7. *ff. de liberat. leg.*) & ipse extraneo isti creditori solvere coactus fuisset, postquam contulerat jam peculium, non trecentorum, sed ducentorum; quippe, propter prælegatum illud debitum, jam centum aureis diminutum: atque inde concluditur, longe magis ergo per fratrem debitorem, re integra, tempore eo, quod inter ipsum & fratrem paternæ hereditatis & peculii collocati divisio fit, peti posse, ut usque ad quantitatem debiti peculiaris, adhuc exsolvendi, a fratre coherede indemnis præstetur. Cumque fratri debitori ita consulendum esset, ubi extraneo debebat, longe magis ei similiter consulendum fuisse, si non extraneo, sed fratri debitum, pater ei prælegasset. Ait enim Africanus, *id maxime consequens esse ei sententiæ, quam Julianus rep baret, si extraneo quid debuisset* frater debitor, *& ab* eo per creditorem *post mortem patris exactum esse, tantum judicio familiæ*

erciscundæ recuperaturum fratrem debitorem *a coheredibus fuisse*, *quantum ab his* coheredibus *creditor actione de peculio consequi potuisset*; ut ita onus peculii gravaret peculium, seu possessores ejus. *Igitur & si re integra familiæ erciscundæ agatur*, cum nondum extraneus peculii creditor a fratre debitore debitum exegisset, *ita peculium* fratris debitoris deducto prælegato collatum *dividi æquum esse*, *ut ad quantitatem ejus* debiti *indemnis a coherede* frater debitor *præstetur. Porro eum*, *quem adversus extraneum defendi oportet*, *longe magis in eo*, *quod fratri debuisset*, *indemnem esse servandum*. Ex qua legis hujus explicatione apparet, inde a verbis *adeo ut*, ad finem principii, tractationem esse de eo, quod frater debitor nomine peculii sui conferendi, sive fratri, sive extraneo creditor debet, quodque ipsi fratri debitori per patrem prælegatum est, & qua ratione ille legati commodum sentiant, ac nihilominus onus peculii peculium gravet. Sane ut apertius dicam, frater debitor sentire debet emolumentum debiti, sibi a patre prælegati: non sentit autem, nisi deducat ex peculio, quod collationi obnoxium est, id quod debet, & deductum sibi soli retineat; nam si id, quod deduxerat, deinde fratri vel extraneo creditori solvere cogeretur, quid obsecro, proficeret ei debiti prælegatum? Ergo si fratri debeat centum, tota illa centum deducere potest ex peculio conferendo, & liberatur insuper a fratre suo creditore, si extraneo centum debeat, tunc quoque ista ante peculii collationem deducit, & sibi servat, & si postea ab extraneo illo creditore solius in solidum ad centum aureos solvendos conventus fuerit, (ut potest, quia ipse contraxit, & ex suis contractibus, non obstante patria potestate, obligari & conveniri ut paterfamilias potest, *l. filiusfamilias* 39. *ff. de obligat. & act. tot. t. ff. quod cum eo, qui in alien. pot.*) solutum recuperare debet eatenus a fratre coherede, quatenus ille peculii per fratrem debitorem collati possessor est, & ut talis per extraneum creditorem actione de peculio conventus, præstare debuisset. Quo fit, ut onus peculii sequatur peculium, & simul prælegatum, fratri uni a patre relictum, ei salvum sit, & ex peculio fratris debitoris collato frater alter sit idem habiturus, sive ipse sui fratris creditor extiterit, sive extraneus crediderit fratri debitori. Si enim, ut plenius exemplo illustretur, frater debitor trecenta habeat in peculio, & fratri suo centum debeat ex illo peculio, pater autem, in cujus erant potestate, fratri debitori illud debitum prælegaverit; prælegatum debitæ quantitatis, seu centum aureorum, ex peculio trecentorum deducet frater debitor, conferetque ducenta, inter se & fratrem creditorem æqualiter dividenda, sic ut singulis centum cedant. Sed quia frater debitor priora centum ex causa prælegati perceperat, ac propterea ipsum debitum aureorum centum, hac ratione non extinctum, etiamnum restabat ex collato ducentorum peculio exsolvendum, ideo onus illud pro parte dimidia gravans fratrem creditorem, cui parte dimidia peculii ducentorum ex collatione obvenerat, effecit, ut frater creditor sibi ipsi inciperet pro ea parte debitor simul & creditor esse, atque ita careret exactione aureorum quinquaginta, sibi, proprii peculii nomine debitorum. Unde re ipsa frater creditor ex collato fratris debitoris peculio, trecentis constante, sola habet quinquaginta, quasi non ultra centum in universum eo in peculio fuissent reperta, quippe quod tum centum prælegatorum, tum centum ex eo peculio debitorum deductione huc usque fuerat diminutum. Rursus, si non fratri, sed extraneo, debitum fuerit a fratre ex peculio trecentis constante, primo quidem ex trecentis deducet ille centum, quæ extraneo debet, a patre sibi prælegata, ut fruatur legato; quo facto, inter fratres duos simul patris sui heredes, collatum fratris debitoris peculium ducentorum æqualiter dividendum venit. Sed si deinceps extraneus ille creditor a fratre debitore integra centum petat, uti potest secundum ante dicta, & obtineat: fratri debitori concessum est agere cum fratre suo, qui centum ex collatione ac divisione peculii ducentorum consecutus erat, ut, cum ipse integra centum extraneo præstiterit creditori, sibi a fratre quinquaginta reddantur, utpote ad quæ quinquaginta is, tanquam peculii collati pro semisse dominus & possessor effectus, potuisset actione de peculio per creditorem extraneum conveniri: atque ita hoc quoque casu ad fratrem ex peculii collatione non amplius est perventurum, quam quinquaginta, peculio scilicet & hic per duplicem illam centum prælegatorum centumque debitorum detractionem ad centum usque diminuto. Quod si necdum extraneus creditor adversus fratrem debitorem expertus fuerit, in divisione tamen hereditatis paternæ & peculii ducentorum collati æquum est, id caveri, ut ad quantitatem debiti, adhuc solvendi, frater debitor a fratre creditore indemnis præstetur. Verbosiorem me jussit esse nova legis hujus interpretatio, dum aliorum commentarios perplexos nimis, nec satis verbis legis accommodatos deprehendi: quos qui scire cupit, videat Cujacium *tract.* 9. *ad Africanum ad d. l.* 38. Ant. Fabrum *in rational. ad d. l.* Wissenbach *ad Pandect. h. t. vol.* 1. *disput.* 25. *n.* 14. *& seqq.* Struvium *ad Pandect. h. t. n.* 34.

TITULUS VII.

De Condictione sine causa.

SUMMARIA.

1. *Condictio sine causa generalis est vel specialis, concurrit generalis cum variis aliis condictionibus, etiam cum actione locati conducti.*
2. *Quid sit specialis condictio sine causa? datur pro repetendo chirographo quod sine causa apud creditorem est; item cum tertius meam pecuniam sine mea voluntate suo solvit creditori: vel cum datum est ob causam, quæ vere subest, sed est ipso jure nulla, puta, ob matrimonium nullum.*

1. Condictio sine causa est actio personalis, qua repetitur res apud alium sine causa existens, licet antea causa subfuerit. Et vel generalis est vel specialis: generalis, quæ cum aliis condictionibus concurrere potest, veluti condictione indebiti, causa data causa non secuta, ob turpem injustamve causam, aliisque similibus: cum utique his omnibus in casibus res merito dici possit sine causa penes possidentem esse, *l.* 1. *ff. h. t.* sed & cum locati actione; nam si fullo vestimenta lavanda conduxerit, deinde amissis eis, domino pretium ex locato conventus præstiterit, posteaque dominus inveniret vestimenta, non

solum ex conducto habebit actionem, sed & sine causa condictionem; etenim vestimentis inventis quasi sine causa datum videtur pretium eorum, *l. si fullo 2. ff. h. t.* Idemque juris est, si quis, cum in annum habitationem condixisset, pensionem totius anni ab initio dederit, deinde insula post sex menses ruerit vel consumta sit: etsi enim residui temporis pensio condictione indebiti repeti nequeat, tamen residui temporis mercedem sine causa penes locatorem esse atque adeo condictioni sine causa locum fieri, dubium non est: locati vero actionem eandem ob causam recte moveri, Mela scripsit, *l. sed addes* 19. *§. si quis, cum* 6. *ff. locati.*

2. Specialis sine causa condictio est, quæ tunc locum habet, cum aliis actionibus locus non est; veluti ad repetendum chirographum, quo quis se obligavit, cum pecunia numerata non esset, vel numerata quidem sed iterum reddita; eo quod tum dissolutæ quantitatis retentum instrumentum inefficax penes creditorem remanet, *l.* 2. *l. ult. C. de condict. ex lege & sine causa*. Etsi enim creditori actio ad exhibendum competat pro chirographis solutione inanibus factis, quoties illa apud alium quam debitorem sunt; quia creditor ad ea debitori restituenda obligatus manet, *l. solutione* 18. *ff. ad exhibendum*, non tamen debitori, quippe non tam exhibitionem, quam potius restitutionem desideranti, datus: ac proinde huic ad hanc sine causa condictionem recurrendum fuit. Sed & speciali condictioni sine causa locus esse videtur in casibus *l. si servus* 24. *§. servum* 1. *l. servus, quem* 30. *pr. ff. de action. emti*; aut, cum pecuniam meam tertius suo solvit creditori sine mea voluntate; cum utique mei intuitu nummi mei sine causa penes tertium sint, *l. si & me* 32. *ff. de rebus creditis*, Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 30. *num.* 48. 49. Denique etiam, cum datum est, ob causam, quæ quidem vere subest, sed tamen ipso jure nulla est; etiam tunc dantis simul & accipientis turpitudo concurrat, si modo non ob ipsam turpitudinem quid datum appareat. Ita, cum avunculo nuptura, vel noverca privigno, vel socero nurus, pecuniam dotis nomine dedisset, ac nuptiis deinde non secutis, de repetendi facultate quæsitum esset, responsum e Papiniano fuit, cum ob turpem causam dantis & accipientis pecunia numeretur, cessare condictionem; & in delicto pari potiorem esse possessorem; eamque rationem fortassis aliquem secutum, respondere non habituram mulierem condictionem; sed recte defendi, non tam turpem causam in proposito, quam nullam fuisse; cum pecunia, quæ daretur, in dotem converti nequiret: non enim stupri, sed matrimonii gratia datum esse, *l. ult. pr. & §.* 1. *ff. h. t.*

LIBER TERTIUSDECIMUS.

TITULUS I.

De Condictione furtiva.

SUMMARIA.

1. *Quo sensu dominus dici possit* rem suam condicere *a fure?*
2. *Quid sit condictio furtiva? datur solis dominis, qui & tempore furti facti, & quo agitur, domini sunt, non illis, qui tantum alterutro tempore dominium habuerunt.*
3. *Non datur commodatario, depositario. An & quatenus detur creditori, cui pignus surreptum est? & quid moribus?*
4. *An contra heredes furis condictio furtiva in solidum detur, licet nihil ex re furtiva ad eos pervenerit?*
5. *Quo usque detur contra dominum aut patrem servi aut filiifamilias furis? An servus post manumissionem condictione furtiva conveniri possit? An qui non contrectarunt, sed tantum ope vel consilio juverunt? Quid juris, si plures contrectando furtum fecerint?*
6. *Ad quid tendat hæc actio? quid si res dolo, culpa, casu perierit? cujus temporis æstimatio præstanda sit?*
7. *Habet locum, sive proprietatis sive possessionis aut usus furtum factum sit; atque etiam pro rebus immobilibus vi possessis.*
8. *Recensentur casus, quibus cessat furti condictio, inter quos, si dominus sua voluntate ac sponte dominium amiserit; aut ei a fure satisfactum sit.*

1. Odio furum id jure singulari inductum fuit, quod quis rem suam condicere possit furto subductam, petendo, furem heredemve ejus condemnari, *si apparet eum dare oportere:* cum alioquin certum sit, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere; scilicet, quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat; nec res, quæ jam actoris est, magis ejus fieri potest, *§. sic itaque* 14. *Instit. de action. l. ult. in fine ff. usufruct. quemad. caveat.* Nec est, quod quis existimet, impossibile ea ratione peti, ut nempe non dominus in dominum transferat; si quidem datio tunc latius & sensu improprio accipiatur, non pro actu, quo dominium transit, sed pro quali quali possessionis translatione; eo modo, quo traditio dicitur de manu in manum datio, manumissio de manu datio, & ex depositi commodati pignorisve causa res dari, dum traditur. Quamvis & fur heresque ejus certo casu dare de suo teneatur, quoties scilicet non ultra superest penes eos furtiva res. Adde Wissenbach *ad Pand. h. tit. vol.* 1. *disput.* 26. *num.* 1.

2. Est autem condictio furtiva personalis actio, non modo delicti occasione introducta, sed magis ex ipso famoso furti delicto data, nata, pendens, *l. si mulier* 21. *pen. & ult. ff. de act. rerum amot. l. cessat* 36. *ff. de obligat. & action.* rei persecutoria ex parte actoris, *d. l.* 21. *§. pen.* pœnalis ex parte rei, in quantum hac conventus actione condemnatur,

licet nihil ex re furtiva ad eum pervenerit, aut casu perierit: competens soli domino, *l.* 1. *ff. h. t.* ac ne promiscue quidem omni, sed ei tantum, qui & tempore furti facti, & quo agitur, dominus fuit. Nam si alterutro tempore res furtiva ad alium pertinuerit; aut facto domini furtum passi amissa sit, huic actioni locus non est. Unde, si defunctus furtum passus rem furtivam actu inter vivos alienaverit, vel alteri pure legaverit, nec heredi condictio furtiva accommodanda est, quia dominus non est, dominio rei per defunctum ipsum adhuc viventem jam amisso, vel recta via a defuncto in legatarium jam translato, secundum *l. a Titio* 64. *in fine ff. de furtis*, nec legatario, quia tempore furti commissi dominium necdum adeptus fuerat; ut tamen huic, velut domino præsenti, rei vindicatio danda sit, *l. sive manifestus* 10. *§. ult. l.* 11. *ff. h. t.* Plane, si non pure, sed sub condictione rem furtivam alteri legatam proponas, quin heres recte hac experiatur actione, dubium non est, cum ex defuncti persona consideratus utroque tempore rei dominium habuisse intelligatur, *l. si servus* 14. *pr. ff. h. t.*

3. Longe magis condictio furtiva illis deneganda, qui neutro tempore dominium habuerunt, quales commodatarii, depositarii, aliique his similes, *l. eum, qui emit* 14. *§. qualis ergo* 26. *ff. de furtis*, ut tamen hujus actionis intuitu tutores & curatores pupillorum similiumque furta perpessorum pro dominis habendi sint, *l. interdum* 56. *§. qui tutelam* 4. *ff. de furtis*, atque etiam creditorem, cui res pignori data est, incerti condictione furtiva acturum, si ea surrepta sit, ex Aristonis sententia Neratius referat, ac post eum Ulpianus in *l. & ideo* 12. *§. ult. ff. h. t.* & quamvis ibidem Ulpianus nec probet nec improbet quæ fuerunt a Neratio ex Aristonis mente scripta; alibi tamen satis evidenter ea firmat, ac tanquam juri convenientia supponit, dum disputat, an ea, quæ creditor per condictionem furtivam tum a debitore, tum ab extraneo consecutus est, debito imputare aut reddere debitori teneatur, *l. si pignore* 22. *pr. ff. de pignorat. actione.* Neque sibi ipsi Ulpianus contrarius credendus est, dum in *d. l.* 14. *§.* 16. *ff. de furtis*, ait, furti quidem actionem competere omnibus illis, quorum periculo res est, veluti ex causa commodati, locati, pignorisve accepti, condictionem autem ei demum, qui dominium habet. Etenim, cum pignoris intuitu denegat creditori condictionem furtivam, soli dat domino, id *d. l.* 14. *§.* 10. & in *l.* 1. *ff. h. t.* de certi condictione ex causa furtiva accipiendus est, qua res vel certa rei peremptæ æstimatio petitur, dum constat, quid quale quantumque sit, quod furto subductum est. At cum ex Aristonis sententia eandem creditori concedit, in *d. l.* 22. *ff. de pign. act.* & *l.* 12. *§. ult. ff. h. t.* de incerti condictione furtiva loquitur, qua creditor incertam possessionis seu detentionis æstimationem persequitur; dum constat, aliam proprietatis, aliam possessionis æstimationem esse, eumque, qui possessionem condicit, id solum consequi, quanti ejus interest possessionem retinuisse, *l. si duo* 3. *§. ult. ff. uti possid.* quale interesse quia incertum est, prout magis minusve solvendo debitor apparuerit, recte certi condictio creditori denegata, incerta per Ulpianum aliosque concessa fuit. Firmatque hanc conciliandi rationem, quod idem Ulpianus in *l.* 1. *§.* 1. *& l.* 2. *ff. de condict. triticar.* tractans de condictione triticaria, ac statuens, eam alio quo casu domino quoque dari ob rem mobilem furto subductam aut vi ereptam, subjungit, ei quoque, qui vi aliquem de fundo dejecit, posse fundum condici, si dominus sit, qui dejectus sit; ceterum si non sit dominus, posse *eum condicere possessionem*, id est, secundum ante dicta, quanti ejus interest possessionem retinuisse. Ceterum nostris & aliorum moribus, insuper habitis subtilitatibus hisce Romani juris, dominos & omnes quorum interest ad repetendum id, quod sibi furto ablatum dicunt, admitti, post alios observat Groenewegen ad *l.* 1. *ff. h. t.*

4. Datur hæc actio contra furem sive manifestum, sive nec manifestum: etiam quandoque contra uxorem, cum non infamet, *l. & ideo* 3. *§. sed & cum* 2. *ff. de actione rer. amot.* junct. *l. cessat.* 56. *ff. de oblig. & act.* &, si fur furtum rei furtivæ passus sit, contra utrumque, *l. qui re sibi* 76. *§.* 1. *ff. de furtis*, uti & contra furis heredes, licet infantes, aut furiosos, *l. condictioni* 2. *ff. h. t.* ad solidum rei surreptæ, etiamsi non solidum, sed vel pars tantum, vel nihil penitus, ex re furtiva ad eos pervenerit, *l. in condictione* 9. *ff. h. t.* Ut tamen eo casu, quo plures furis unius heredes sunt, non singuli in solidum, sed tantum pro ea parte, pro qua heredes sunt, conveniendi sint, in quantum ipso jure actiones hereditariæ inter coheredes sive actores, sive reos, divisæ sunt, *d. l. in condictione* 9. *ff. h. t.* junct. *l. pro hæreditariis* 2. *C. de hæredit. action.* nisi heredum unus rem furtivam in solidum possideat, atque ita rei totius restituendæ habeat facultatem; tunc enim, quin solus in solidum jure vocetur, ac ad restitutionem condemnari debeat, dubium non est, arg. *l. sed mihi §. heres ejus* 3. *ff. commodati*, *l. si quis* 6. *§. cogentur* 1. *ff. de edendo*. Nec his adversatur, quod rerum amotarum actio in heredes mulieris amoventis non in solidum, sed in quantum ad eos ex re amota pervenit, videatur danda, *l. ult. C. rer. amot.* condictio autem furtiva sic contra furis heredes detur, ut contra mulieris heredes ea, quæ est rerum amotarum *l. contra nurum* 6. *§. item heres* 4. *ff. de act. rer. amot.* Sunt enim, quibus placuit, in *d. l.* 6. *§.* 4. comparationem inter actionem utramque in eo solo positam esse, quod in heredem utraque competat; an autem in solidum, an vero quatenus ad eum ex re furtiva pervenit, non definiri. Sed vix est, ut id admiseris; tum quia ibi generaliter dicitur *heredem mulieris teneri*, *sicut condictionis nomine ex causa furtiva*; tum quia ipsa rerum amotarum actio furtivæ condictionis species est; sic ut Julianus responderit, *ex persona filiæ, quæ res amovit*, dandam in patrem condictionem in peculium, *l. pen. ff. h. t.* tum denique, quia Ulpianus ab actione rerum amotarum ex facto filiæfamilias contra patrem danda in id, quod ad eum pervenit, argumentatur ad condictionem furtivam ex furto filiifamilias dandam in patrem, in quantum locupletior factus est, *l. licet tamen* 3. *§. ex furtiva* 12. *ff. de peculio*. Rectius proinde dixeris cum aliis, non aliam esse *d. legis ultimæ Cod. rer. amot.* sententiam, quam quod eo casu, quo plures mulieris amoventis heredes sunt, singuli non in solidum teneantur, sed tantum pro portione hereditaria, seu in tantum, *in quantum ad eos pervenit* non ex re amota, sed ex amoventis

hereditate. Donellus *ad tit. C. ex delictis defunct. in quantum hered. ten. num.* 35. Nec est, quod urgeas, & furti condictionem & rerum amotarum actionem non ultra dari contra patrem filiifamilias furtum facientis, & filiæfamilias, res divortii causa amoventis; quam quatenus ad patrem pervenit, adeoque locupletior inde pater factus est, *l. licet tamen* 3. §. *ex furtiva* 12. *ff. de peculio*, ac proinde nec in amplius heredem oportere teneri. Alia namque patris, heredis alia ratio est: cum & ex contractibus filiifamilias pater non ultra vires peculii, heres in solidum obligatus sit: & merito: eo quod pater non voluntate sua, sed & ignorans & invitus, obligationibus per filiumfamilias contractis subjicitur; heres vero sponte sua, ex aditionis facto, a liberrima voluntate profecto; ut proinde nec mirum videri debeat, quod & odium singulare, in fures conceptum, magis gravet heredem quam patrem furum. Minus stringit, quod in *l. si tutor* 8. §. *ult.* & *l.* 10. *ff. de tutelæ & ration. distrah.* traditum est, *furti, damni, injuriæ condictionem* morte tutoris, pupilli rationes distrahentis, interire; cum per *furti condictionem* illic pœnalis furti actio in duplum quadruplumve denotetur, eo quod *condictio* non ad furtum tantum, sed & ad *damnum* & *injuriam* relationem habet, ac proinde, uti non rei persecutoriam, sed pœnalem injuriarum, ac legis Aquiliæ actionem designat, ita quoque eam magis, quæ furti pœnalis est, & propius ad reliquas enumeratas, quam quidem hæc condictio furtiva, accedit; neque novum est, condictione generaliter omnem in personam actionem, vindicationibus seu in rem actionibus oppositam, significari, §. *appellamus* 15. *Instit. de action.* frustra quoque objicitur, condictionem furtivam etiam in immobilibus vi possessis receptam esse, *l. verum est* 25. *pr.* & §. 1. *ff. de furtis*, in heredes autem ejus, qui vi dejecerat, non in solidum, sed in id quod ad eos pervenit actionem dari; sufficere enim, non in lucro versari heredem, nec ipsum debere ex facinore defuncti damnum subire, *l. quod est* 3. *pr. ff. de vi & vi armata*. Etsi enim verum sit, interdictum *unde vi*, & actionem rei persecutoriam doli, quod metus causa, similesque, in heredes non ultra dari, quam quatenus ad eos ex defuncti vi metusve pervenit; non tamen recte ab illis ad condictionem furtivam, odio furum præter communes juris regulas datam, & ideo singularia plura continentem, argumentum transfertur: nam & furis heredes, si rei vindicatione conveniantur, non ultra, quam quatenus facti locupletiores, teneri, in aperto est, arg. *l. cum autem* 52. *ff. de rei vindicat.* quos tamen in solidum pro hereditaria portione conveniri per condictionem furtivam, ex *l. in condictione* 9. *ff. b. t.* probatum est. Objectiones alias plures prolixissime discussas vide apud Ant. Fabrum. *Rational. ad d. l.* 9. *ff. b. t.*

5. Contra patrem tamen vel dominum furis non ultra hæc actio competit, quam quatenus ex re furtiva est in peculio; in residuum enim noxæ dedere servum furem dominus potest, & ipse filiusfamilias directa conditione furtiva conveniri, *l. si servus* 4. *l.* 5. *pen. ff. b. t.* & *ideo* 3. §. *ult. l.* 4. *l.* 5. *ff. de action. rer. amot. l. licet tamen* 3. §. *ex furtiva* 12. *ff. de peculio*, plane in servum furem, postea manumissum, nullatenus hæc actio danda est, nisi liber contrectaverit, etsi furti actio in eum detur, *l. quod ab alio* 15. *ff. b. t.* eo quod condictio furtiva, licet ex delicto nascatur, tamen tanquam rei persecutionem continens magis actionibus ex contractu, quam ex delicto, visa fuit assimilanda: expeditum vero est, ex delictis quidem, non autem ex contractibus servilibus, in eosdem postea manumissos actionem superesse, *l. servi ex delictis* 14. *ff. de obligat. & action.* Sed nec in eos hac actione recte agitur, qui absque ulla contrectatione furtum inierunt; sive solo consilio, sive sola ope, absque rei ipsius furtivæ contrectatione, *l. proinde* 6. *ff. b. t.* quo in numero censendi, qui scalas forte fenestris supposuerunt, aut ipsas fenestras vel ostium effregerunt, ut alius furtum faceret; quive ferramenta ad effringendum, aut scalas, ut fenestris supponerentur, commodarunt scientes, §. *interdum* 11. *Instit. de obligat. quæ ex delicto*. Quibus contrarius non est Paulus, cum ait, ei, qui furem ope juvit, condici posse, non ei, qui solo juvit consilio, *l. sæpe ita* 53. §. *ult. ff. d. verbor. signif.* Non inepte enim de illis intelligi potest, qui ita ope furtum juverunt, ut cum ope simul rei furtivæ contrectatio concurrerit; quod accidit in iis, qui furti juvandi causa trabem aliudve simile, quod unus tollere non posset, de loco in locum una cum fure transportant, non in suam sed furis principalis utilitatem; argumento eorum, quæ a Juliano & Ulpiano tradita in *l. ita vulneratus* 51. §. *ult. in fine ff. ad l. Aquil. l. vulgaris* 21. §. *penult.* & *ult. ff. de furtis*. Quod si plures simul contrectando furtum fecerint, contra singulos quidem in solidum actio comparata est; sed unius præstatione ceteri liberantur; *l.* 1. *C.* 4. *t.*

6. Tendit autem hæc condictio ad id, ut restituatur res surrepta, vel species inde facta, puta, poculum ex argento furtivo, *l. ex argento* 13. *ff. b. t.* una cum fructibus perceptis & percipiendis, *l. in re furtiva* 8. §. *ult. b. t.* junct. *l. domum* 5. *C. de rei vindicat. l. si navis* 63. §. 1. *ff. de rei vind.* ac eo quod interest, *l. si condicatur* 3. *ff. b. t.* aut, si res interiret, præstetur æstimatio quanti res unquam plurimi fuerit a tempore furti facti, quia fur semper in mora est; licet res furis impensa melior facta esset, dum forte infans surreptus sumtibus ac cura furis crevit, aut artibus instructus est: sive dolo furis, sive culpa, sive casu, interitus furtivæ rei aut deterioratio contigerit; sine distinctione utrum eodem modo penes dominum peritura fuisset, nec ne; cum id suadet odium furum: nisi fur eam ante interitum domino obtulerit, & hic in mora fuerit acceptandi oblatam, *l. in re furtiva* 8. *pr.* & §. 1. *l. ex argento* 13. *l. qui furtum* 16. *ff. b. t. l.* 2. *C. b. t.* Ut tamen pro oblatione habendum non sit, si fur non ad rem restituendam, sed condictionem furtivam excipiendam paratus sit, & dum dominus in instituenda actione moras nectit, res perierit; quia videtur qui primitus invito domino rem contrectavit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere, *l. ult. ff. b. t.* Neque diversum ab his est, quod Ulpianus scripsit, actionem quidem ex lege Aquilia eam complecti æstimationem, quanti eo anno res plurimi fuit: *condictionem autem ex causa furtiva non egredi retrorsum judicii accipiendi tempus*, *l. nunquam* 2. §. *quæsitum* 3. *ff. de privatis delict.* cum enim protinus a furto facto fur in mora videatur es-

se, ac propterea confestim quoque furtiva possit inquietari condictione, & ad judicium suscipiendum compelli, sequitur, tempus judicii accipiendi in fure a tempore moræ primitus commissæ non oportere separari.

7. Neque ad id, ut hæc condictio competere queat, interest, utrum proprietatis an usus possessionisve furtum factum sit, *l. qui furtum* 19. *ff. h. t.* nec, utrum res mobilis ablata aut vi surrepta, an vero immobilis vi possessa sit: etiamsi enim immobilium non furtum, sed invasionem fieri placuerit, explosa contraria veterum quorundam hac de re opinione; obtinuit tamen, immobilium æque ac mobilium intuitu furtivam hanc haud denegari condictionem, *l. verum est* 25. *pr. & §.* 1. *ff. de furtis*, *l.* 1. *in fine*, *& l.* 2. *ff. de condict. triticaria*, junct. *l. quam rem* 33. *ff. de usurpat. & usucapionib. §. quod autem* 7. *Inst. de usucap.*

8. Cessat hæc actio, si res furtiva per rei vendicationem, aut spontaneam restitutionem, aut simili alia ratione ad dominum reversa sit, aut litis æstimatio domino præstita, *l. sive manifestus* 10. *l. si servus* 14. *§. bove* 2. *ff. h. t.* si dominus rem furtivam furi, vel alteri, pure legaverit, *d. l.* 10. *§. ult. ff. h. t.* aut aliter dominium suo facto amiserit: nam si sine suo facto amisisset, condictio superesset, *l. & ideo* 12. *pr. ff. h. t.* Qua ratione, si sociorum alter in re communi furtum fecerit, ac dein mediante judicio communi dividundo furi res integra per adjudicationem acquisita sit, ita demum socio furtum passo hæc post adjudicationem actio accommodanda est, si communi dividundo judicio provocatus sit: nam si ipse provocaverit, amisisse creditur condictionem, tanquam qui suo spontaneo provocationis facto effecit, ut dominio per subsecutam exciderit adjudicationem, *d. l.* 12. *§.* 1. *ff. h. t.* Denique condictioni huic ultra locus non est, postquam novandi animo dominus rem sibi a fure restitui stipulatus est, *l. parvi* 17. *ff. h. t.* Etsi enim nemo rem suam recte stipuletur, *§. idem juris* 2. *Inst. de inutil. stipulat.* non tamen inutiliter rei suæ restitutionem, *l. scire* 29. *§.* 1. *l. nemo rem suam* 82. *ff. de verbor. obligation.*

TITULUS II.

De Condictione ex lege.

SUMMARIA.

1. *Quid sit condictio ex lege?*
2. *Recensentur plerique casus, in quibus condictio ex lege locum habet.*

1. Condictio ex lege est actio personalis nata ex obligatione civili, per legem novam, id est, lege 12. tabularum posteriorem introducta, cui non est adjectum certum nomen aut forma actionis, *l. unic. ff. h. t.*

2. Qualis condictio donatario datur ex donatione pacto celebrata, *l. si quis argentum* 35. *§. ult. C. de donation. §. alia autem* 2. *Inst. eod. t.* Illis, quibus minus testamento datum fuit, quam quod portioni legitimæ sufficiebat, si supplementum petere velint, *l. omnimodo* 30. *& l. si quando* 35. *§. & generaliter* 2. *C. de inoff. testam.* Domino, cujus servus adulterii accusatur, & petente accusatore quæstionibus subjicitur, ad servi pretium, si in quæstione defunctus fuerit, aut deterior sit redditus, ac absolvatur, *l. si postulaverit* 27. *§. ult. l.* 28. *ff. ad leg. Jul. de adulter.* junct. *l. non solum* 3. *C. eod. t.* Fisco agenti ex privilegio contra debitores debitoris, ex causa primipilari obligati, ex die debentes, ut ante definitum tempus debita repræsentent, *l.* 1. *C. h. t.* Civitatibus jure singulari contra singulos rerum, ad debitores suos pertinentium, possessores pro rata, *l.* 2. *C. de debitor. civitat.* creditoribus hypothecariis potioribus adversus creditores debiliores, ad quos pretium rerum hereditariarum distractarum pervenit solutione heredis hereditatem cum inventario adeuntis, *l. ult. §. sin vero heredes* 6. *C. de jure deliberandi*. Reis per plus petitionem ab actore læsis, aut a litium executoribus plus justo exigentibus, *tripli* 24. *&* 25. *Inst. de action.* Adhæc pro repetendo eo, quod in alea amissum est, *l.* 1. *& ult. in fin. C. de aleatorib.* uti & in facti speciebus propositis in *l. ult. mihi donares* 21. *§.* 1. *ff. de donationib. l. unic. C. de suffragio*. Nec dubium esse potest, quin condictio ex lege sit, ut statutum aut consuetudo novam subinde inducit sine nomine actionem.

TITULUS III.

De Condictione triticaria.

SUMMARIA.

1. *Unde dicta sit* condictio triticaria; *quid sit? ei locum non esse, nisi principalis actio in personam sit, & per eam non pecunia numerata, sed res aliæ, æstimationem recipientes, fuissent petendæ.*
2. *Hæc actio non plane nova est, sed adjectitia qualitas actionis alterius. Cujus temporis æstimatio in ea spectetur?*
3. *Explicatur generaliter, cujus temporis æstimatio in judiciis bonæ fidei & stricti juris spectanda sit, ut in eam judex condemnet; sive principaliter æstimatio alicujus rei in obligationem deducta sit, sive res alia, cujus æstimatio ob interitum præstanda est.*
4. *Cujus loci æstimatio consideranda ac præstanda sit?*

1. Unde *condictionis triticariæ* nomen descendat, incertum est. Varias variorum conjecturas exhibet Wissenbach *ad Pandect. h. t. vol.* 4. *disput.* 26. *numer.* 7. ex quibus non improbabilis ea Hottomani est, olim magistratus provinciales ex senatusconsultis provincialibus certam imposuisse tritici quantitatem ad certa loca deferendam; vel pro tritico pecuniam, si nimis dissita essent loca collationi tritici destinata; cumque illa denunciatio conferendi, *condictio triticaria* diceretur, ac plerumque eveniret, ut pro tritico pecuniam seu æstimationem persolverent provinciales, hinc paulatim fluxisse, ut, quoties loco rei debitæ pretium ejus seu æstimatio petenda esset, actio illa *condictio triticaria* appellaretur. Quicquid sit, hæc actio personalis est, qua rei cujusvis corporalis mobilis, vel immobilis, aut incorporalis, quomodocunque ex contractu vel delicto debitæ, æstimationem præstandam esse contenditur. Cui ut locus sit, primo quidem requiritur, ut

principalis quoque actio, quæ ad rem ipsam persequendam competebat personalis sit; nam si in rem esset, etiam æstimatio non per hanc triticariam, sed per ipsam in rem actionem petenda foret, ut dictum *t. de rei vindic. & de petit. heredit.* Qua de causa etiam rem suam propriam nemo regulariter hac actione persequi potest, iis exceptis casibus, quibus & rei propriæ condictio permissa fuit, quod accidit in rebus furtivis ac vi possessis, quarum proinde non exstantium æstimationem sibi præstari, domini furtum passi vel vi dejecti hac recte desiderant actione, *l.* 1. *in fine l.* 2. *ff. h. t.* junct. *l. verum est* 23. *pr. &* §. 1. *ff. de furtis*. Sed & secundo necesse est, principaliter res alias extra numeratam pecuniam esse debitas, quarum æstimationem in subsidium hoc judicio actor persequatur. Si enim ipsa pecunia ab initio debita sit, actione principali, non hac subsidiaria, petenda foret, *l.* 1. *ff. h. t.* cum absurdum esset, pecuniæ cuncta æstimantis æstimationem, quæ non est, in judicium deduci, arg. *l. si ita fidejussorem* 42. *ff. de fidejussor.* Etsi ergo nihil numeratam pecuniam, æstimationem nempe, hac actione consequamur; verum tamen simul est, tum demum ei locum esse, cum aliæ res extra numeratam pecuniam in obligationem deductæ sunt.

2. Ceterum non plane nova hæc actio est, sed magis veteris actionis adjectitia qualitas, & ideo vel bonæ fidei vel stricti juris actionum naturam & effectus sortitur, pro diversa principalis actionis natura, qua res ipsa petenda fuisset. Qua ratione, quando in æstimatione facienda in hac actione rei judicatæ tempus spectandum dicitur in *l. pen. ff. h. t.* id de illis accipiendum casibus, quibus obligatio principalis bonæ fidei est. Contra vero cum in *l. ult. ff. h. t.* Gajus ait, tempus spectandum esse, quo judicium acciperetur: id est, quo fieret litis contestatio, id ad ea restringendum negotia, quæ stricti juris sunt.

3. Considerandum namque, circa hanc implicatam æstimationis faciendæ controversiam varios varie sentire, ut colligere licet ex iis quæ habet Cujacius *lib.* 8. *ad Africanum ad l.* 37. *ff. mandati*, Pacius *enant. cent.* 3. *n.* 72. Fachineus *controv. lib.* 2. *cap.* 74. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 4. *defin.* 8. Ant. Faber C. *lib.* 4. *t.* 2. *defin.* 7. *& seqq.* Vinnius *select. quæstion. lib.* 1. *cap.* 39. Wissenbach *ad Pand. t. de reb. credit. volum.* 1. *disput.* 24. *n.* 12. Interim paucis distinctionibus rem omnem absolvi, omnesque difficultates superari posse, mihi persuadeo. Etenim primo quidem inspiciendum existimo, utrum principaliter rei æstimatio in obligationem deducta sit; an principaliter res, cujus loco in subsidium æstimatio præstanda venit. Nam si principaliter æstimatio rei alicujus obligatione comprehensa sit, neque huic condictioni triticariæ locus esse potest, neque ex mutatione æstimationis quæstio superesse, quia re ipsa nihil præter numeratam pecuniam omnia æstimantem ab initio debitum est, neque aliam contrahentes videri possunt æstimationem adeoque quantitatem pecuniariam respexisse, quam quæ fuit eo tempore, quo primitus obligatio nascebatur, sive bonæ fidei sive stricti juris negotium sit: ac propterea, aucto deinceps vel diminuto rei pretio obligatio pecuniaria, quæ ab initio certa fuit, nullum inde incrementum capere potuit aut diminutionem. Eoque reducenda est facti species in negotio stricti juris, qua quis stipulatus est, *sibi dari quanti fundus Cornelianus est*, & in qua, quia *non fundus, sed pecunia debebatur*, ea æstimatio venire dicitur, quæ stipulationis tempore fuit, *l. fundum Cornelianum* 28. *ff. de novation.* Uti & illa in negotio bonæ fidei, qua hominem aliamve rem certam pro re daturum me fidejussi & solvi, si dein actione mandari ad indemnitatem contendam, æstimationem rei solutæ potius ad tempus; quo soluta est, quam ad id, quo agitur, referri oportere, Africanus scripsit, *l. hominem* 37. *pr. ff. mandati.* Et merito; cum hic fidejussori solventi non res sed tantum solutæ rei æstimatio debita fuerit, quippe qui Stichum, hominem certum, ex fidejussione solvens, obligatum non potuit sibi reddere debitorem principalem ad eundem, quem solverat, Stichum reddendum; sed magis ab initio indemnitatem, adeoque æstimationem temporis illius, quo sibi primitus per solutionem paraverat contrariam mandati actionem. Nec aliam puto sententiam aut causam esse legis *cum quis* 22. *ff. de obligation. & action.* ubi idem Africanus ait, *cum quis in diem mercem stipulatus fidejussorem accepit, ejus temporis æstimationem spectanda esse, quos satis accepit.* Nec merx seu res certa cœperat ex stipulatione in diem deberi, inque hujus debiti securitatem fidejussor acceptus erat; cum ergo fidejussor pro debitore mercem solvisset, & de indemnitate contrario ageret mandati judicio, dubitatio erat, ad cujus temporis æstimationem principalis debitor fidejussori damnandus esset; nec dubitavit Africanus hic eodem modo, uti in *d. l.* 13. *pr. ff. mandati*, respondere, ejus temporis æstimationem spectandam esse, quo creditor *satis accepit*, id est, quo creditori solutio facta fuit: nam, quod verba illa, *quo satis accepit*, non ad interpositæ fidejussionis tempus pertineant, quasi temporis illius æstimatio consideranda foret ac per fidejussorem præstanda, vel inde patet, quod tunc fidejussor contra certa juris principia in majorem æstimationem, adeoque in duriorem potuisset causam obligatus esse, quam principalis debitor, qui ex die debens propter moram ad summum ad illius demum temporis æstimationem condemnandus esset, quo existit adjectus obligationi dies; & ex quo demum potuit ob moram conveniri. Quod si non æstimatio sed res principaliter obligatione comprehensa fuerit, generalem puto regulam servandam esse, quæ inter bonæ fidei ac stricti juris judicia distinctionem ponit, ac vult, in bonæ quidem fidei judicii rei judicandæ seu judicatæ tempus observandum esse, quanti res sit, seu tunc valeat, in iis vero, quæ stricti juris sunt, tempus litis contestatæ, *l. sed mihi* 3. §. *in hac actione* 2. *ff. commodati*, non eo sensu, quasi præcise illud litis contestatæ vel condemnationis tempus, ac nullum aliud antecedenter spectandum esset; nam si mora præcesserit, dubium non est, quin frustratio moratori, & non alteri obesse debeat; ac propterea, si inter moram & litem contestatam remve judicatam res pluris valuerit, quam ipso litis contestatæ vel condemnationis momento, reus in id, quanti res plurimi fuit a tempore moræ ad tempus litis contestatæ in stricti juris, aut rei judicatæ in bonæ fidei judiciis, damnandus foret, *l. hominem* 37. *in fine ff. mandati*, *l. in hac* 3. *in fine ff. h. t.* sic ut tempus moræ sit veluti terminus

a quo incipit æstimationis ratio haberi; & tempus litis contestatæ vel rei judicatæ sit terminus ad quem. Quod etiam non obscure Pomponius indigitat in *l. ratio* 3. §. *si per venditorem* 3. *ff. de act. emti*, dum ait, *si per venditorem vini mora fuerit, quo minus traderet, condemnari eum oportere, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur.* Tempus scilicet, quo vinum est venditum, etiam initium moræ est, in quantum res vendita etiam confestim tradenda est, nisi aliud actum sit, arg. *l. Julianus* 13. §. *veniunt* 20. *ff. de emt. l. curabit* 5. *Cod. eod. t.* quemadmodum ille, qui pure constituit, non a tempore demum litis contestatæ, sed mox a tempore constituti celebrati, si non solvat, in mora creditur constitutus, secundum Ulpianum, *l. si duo* 16 §. *ult. ff. de constit. pecun.* Ut proinde variis quoque in legibus, definientibus, æstimationem inspiciendam esse temporis illius, quo res petitur, illa limitatio, *nisi mora præcesserit*, subaudienda sit; veluti in *l. fundum* 28. *circa fin. ff. de novation. l. vinum* 22. *ff. de reb. creditis*, uti & ipsa *l.* 3. §. 2. *ff. commodati*. Hinc quia fur semper a primo furti facti momento in mora est, recte conclusit Ulpianus, rei furtivæ æstimationem in condictione furtiva spectandam esse, quanti unquam a furti facti tempore plurimi fuit, *l. in re furtiva* 8. §. *si ex causa* 1. *ff. de cond. furtiva*. Idemque est in rerum amotarum actione, *l. pen. ff. de act. rer. amot.* Et quia dies certus obligationi appositus sui existentia interpellat pro homine, ac debitorem in mora constituit, *l. magnam* 12. *C. de contrah. & commit. stipulat. l. trajectitia* 23. *ff. de oblig. & act. l. si fundus* 4. §. *ult. ff. de leg. commissor.* hinc quoque traditum, obligatione in diem certum contracta, ejus æstimationis rationem habendam esse, quæ fuit eo tempore, quod solutioni faciendæ adjectum fuit; ut scilicet tempus illud, tanquam tempus moræ inchoatæ, sit terminus a quo, ac præstandum veniat, quanti inde res unquam ad tempus litis contestatæ aut rei judicatæ, pro diversa judiciorum bonæ fidei ac stricti juris natura, plurimi valuit, *l. vinum* 22. *ff. de reb. creditis*, *l. quotiens* 59. *l.* 60. *ff. de verb. obl.* Qualis diei adjectio quia etiam inest cautioni de sistendo, ideo quoque definitum fuit, æstimationem ejus, quod interest agentis, ad illud tempus referendam esse, quo sisti debuit, non ad id quo agitur; quamvis ibi non de rerum æstimatione agatur, sed de æstimatione ejus, quanti interest, factum impletum non esse, reum non stitisse, *l. qui autem* 12. §. 1. *ff. si quis caution. in judic. sist. causa factis non obtemp.* Nec hisce, quæ de stricti juris judiciis, & æstimatione tantum a tempore moræ ad tempus litis contestatæ spectanda diximus, adversatur, quod in stricti juris judiciis judex etiam condemnare possit ad id quod interest, moram non esse factam post litem contestatam, *l. quod si Ephesi* 4. *pr. ff. de eo quod certo loco*, *l. cum fundus* 31. *ff. de rebus creditis*, *l. si calendis* 11. *ff. de re judicata*, *l. si fundum certo* 114. *ff. de verb. obl.* sub quo & illud contineri videtur, si inter litem contestatam ac sententiam creverit æstimatio rei petitæ. Respondeo enim, distare æstimationem ab eo quod interest, ut patet ex *pr. & §§. seqq.* junct. §. *illud non ex* 10. *Inst. de lege Aquilia*, ac judicem in stricti juris judiciis ita demum aucti post litem contestatam pretii rationem in condemnando habiturum, si actor in eo suum interesse probet, dum forte mercator est, & rem lite pendente pluris fuisset distracturus. Alioquin si non fuisset secundum vulgarem æstimationem auctam venditurus, aut aliter sua interesse doceat æstimationis auctæ intuitu, non considerandum foret superveniens post litem contestatam æstimationis incrementum; licet per accidens ita forte morator lucrari posset; cum sufficiat, moram actori non nocuisse. Unde patet, non æstimationis, qua talis; sed ejus quod interest, ac quatenus interest, nec ultra rationem haberi. Quo modo & alibi jurisconsultus scripsit, usuras per socium socio præstandas esse, non quasi usuras sed quod socii intersit, moram eum non adhibuisse, *l. socium*, *qui* 60. *ff. pro socio*. Nec recte urgetur, sic moram extrajudicialem potentiorem fore, quam judicialem, sic deterioris fore conditionis eos, qui litem contestati sunt, quam si non; contra *l. non solet* 86. *l.* 87. *ff. de regul. juris*. Etenim etsi non *soleat* deterior fieri eorum conditio, qui litem contestantur, tamen id aliquando in jure contingit, ubi ex propria ipsius negotii in judicium deducti natura descendit; uti id apparet ex illis, qui condemnati ad actoris petitionem, nihilominus ex lege, humanitatis gratia, solutionis dilationem habent, quam ipsis non indulserat obligatio pura in judicium deducta. Et huic simile accidit quoque in casu præsenti: quod enim in stricti juris judiciis æstimationis lite pendente aucta, qua talis, ratio non habeatur, id inde est, quod in iis judex excedere nequit petitionem actoris, & conventionem partium, nisi respectu ejus quod interest; cumque libello petitionis non recte comprehendatur incertum plane futuri temporis intuitu æstimationis augmentum, sed tantum præteriti temporis ratione usque ad litis cœptæ diem; consequens est, nec judicem in condemnando considerare debere æstimationis post litem contestatam auctæ quantitatem, qua talem. Quæ cum aliter se habeant in negotiis bonæ fidei, dum in iis ex bono & æquo petitionem ac conventionem multifariam judex condemnatione potest excedere; non mirum, si pretii usque ad sententiam aucti ratio habeatur. Scilicet, moram extrajudicialem lex & judex coercet & judicialem in stricti juris judiciis, non ratione æstimationis, nec usurarum intuitu, sed respectu ejus quod interest, adeoque non aliter, quam si secundum ante dicta actor doceat; se lite pendente rem ob auctum interim valorem pluris fuisse distracturum. Leve vero est, quod ajunt, in stipulatione æstimationis post litem contestatam increscentis rationem habendam esse, quia & fructuum illius temporis ratio haberi solet, *l. videamus* 38. §. *si actionem* 7. *ff. de usuris*, male enim a disparatis illatio fit; fructus rei accessiones sunt, non item æstimatio rei. Quod autem diximus, tunc, cum post litem contestatam se pluris venditurum fuisse probat, æstimationis auctæ rationem habendam esse, id ita accipiendum, uti in bonæ fidei judiciis dicitur æstimationis augmentum pendente lite contingens præstari oportere; at non ita, ut ad omne id, quod emendo vendendoque atque adeo negotiando actor potuisset pendente lite lucrari, reus ipse condemnandus foret; cum ne in bonæ quidem fidei judiciis lucri hujusmodi adventitii ratio haberi soleat; *l. ult. ff. de peric. & commodo rei vend. l. si sterilis* 21. §. *cum per* 3. *ff. de act. emti*,

excepto solo casu *l. 2. §. ult. ff. de eo quod certo loco.*

4. Vidimus, cujus temporis æstimatio spectanda sit; locum quod attinet, si quidem locus certus implemento contractus faciendo adjectus sit, spectanda æstimatio loci illius, in quo solutio facienda est, sive de negotio stricti juris, velati de mutuo, *l. vinum 22. in fine ff. de reb. creditis, l. ult. in fine ff. h. t.* sive de rerum venditionibus aliisque similibus bonæ fidei conventionibus quæstio sit, *l. ratio 3. §. ult. in fine ff. de act. emti*; cum unusquisque per adjectionem certi loci ad solvendum destinati contraxisse intelligatur non in loco, ubi conventio celebrata, sed ubi solutio facienda est, *l. at ubi quisque 3. ff. de rebus auctor. jud. possid. l. contraxisse 21. ff. de oblig. & action.* Si vero nullus locus certus solutioni faciendæ per contractum designatus sit, in stricti juris judiciis æstimatio consideranda loci, in quo res petitur, *d. l. vinum 22. in fine ff. de reb. creditis, d. l. ult. in fine ff. h. t.* At in bonæ fidei negotiis, veluti venditionibus, spectanda loci æstimatio, in quo venditio celebrata est, vel in quo agitur, actoris arbitrio; si modo per venditorem steterit, quo minus res tradatur, *l. ratio 3. §. si per venditorem 3. ff. de action. emt.* Nam si emtor ipse in mora accipiendi fuerit, æstimari oportet pretium rei, habita ratione loci illius, in quo res minoris valet, sive in loco, in quo contractum, minor venditæ rei æstimatio sit, *d. l. ratio 3. ult. ff. de act. emti*, quasi per moram indignum se reddiderit electione & commodis ex natura judiciorum bonæ fidei profluentibus, dum recusando acceptare res, debito modo oblatas, ipse recessit a bona fide.

TITULUS IV.

De eo quod certo loco.

SUMMARIA.

1. *Loci adjectio quibusdam in negotiis necessaria est, in plerisque non. Quæ sit ratio, cur, loco apposito,* actio de eo quod certo loco *introducenda fuerit? Quid sit? & quæ judicis partes in ea sint: habet locum in omnibus judiciis stricti juris, quibus locus appositus.*
2. *Non habet locum, si in ipso loco adjecto agatur; nec, si ex negotio bonæ fidei.*
3. *Datur contra eum, qui certo loco debet ex negotio stricti juris. An & contra fidejussorem ex sua vel debitoris principalis mora? ad explicationem* l. centum Capuæ 8. ff. h. t. *quo usque & ad quid mora debitoris noceat fidejussori?*
4. *Quid juris circa electionem & solutionem & faciendam loci mentionem, si convenerit,* Ephesi aut Capuæ centum dari, *vel* Ephesi decem aut Capuæ hominem, *vel* Ephesi & Capuæ *dari rem dividuam, aut individuam?*
5. *An promiscue in quovis alio loco hac actione arbitraria conveniri possit, qui certo loco se daturum promisit? & quid moribus obtineat?*
6. *An in hac actione judex magis quanti actoris, an potius, quanti rei intersit, spectare debeat? quibus modis interesse possit actoris aut rei, in loco potius addito, quam alibi solvi?*
7. *Creditor invitus non tenetur alio in loco acceptare id, quod ei certo loco debitum, nisi addatur id quod interest; sed si sponte acceptaverit, amplius id quod interest petere nequit.*
8. *An locus sit actioni arbitrariæ, si certo loco quid* fieri *promissum sit?*
9. *An temporis adjectio ita faciat locum actioni arbitrariæ, ut loci.*

1. Etsi quibusdam in casibus stipulationi ceterisque similibus stricti juris negotiis loci adjectio adeo necessaria sit, ut ejus omissio inutilem contractum reddat, vitietque legatum, veluti si quis insulam ædificari stipuletur, aut suprema disponat voluntate, quoties locus adjectus non est, nec ex circumstantiis colligi evidenter potest, quem locum testator respexerit aut contrahentes, *l. arbitraria 2. §. si quis insulam 5. ff. h. t., l. qui insulam 95. l. ita stipulatur 115. pr. ff. de ver. obligat.* arg. *l. si domus 71. ff. de legatis 1.* plerumque tamen in contrahentium ac disponentium arbitrio est, utrum locum implemento negotii destinare ac adjicere velint, nec ne. Quisquis autem se certo loco daturum promisit, aut aliter ad dandum certo loco cœpit obligatus esse, summo jure alibi in stricti juris negotiis conveniri nequit, dum in iis judiciis potestas conventioni partium adstricta est: sed quia iniquum erat, creditorem non posse ad suum pervenire, ac eludi obligationem, si debitor ad eum locum, in quo dare oportebat, vel casu præpeditus vel consulto ac data opera non accederet; ideo visum fuit, utilem actionem in eam rem comparare, de eo quod certo loco, *l. 1. ff. h. t.* quæ est arbitraria in personam, qua res ex negotio civili stricti juris certo loco præstanda, alibi petitur, facta tamen mentione loci in quo solutio facienda erat, ne plus loco petatur; ut judex pro varia loci utriusque, tum ubi res petitur, tum ubi ex conventione præstanda erat, æstimet, quanto pluris minorisve damnandus sit reus, quam in loco adjecto dare debuisset; dum non idem rerum earundem in quovis loco pretium est, & alibi facilior, difficilior alibi non rerum modo, sed & ipsius pecuniæ numeratæ præstatio apparet, *l. arbitraria 2. pr. & ult. l. 3. ff. h. t. l. unic. C. ubi conveniatur qui certo loco dare promisit*, sive ex stipulatu quid certo debitum sit, *l. 1. l. 2. ff. h. t.* sive ex mutuo, *l. aut mutua 6. ff. h. t.* sive ex legato, *l. si heres 5. ff. h. t.* sive ex constituto, *l. si duo 16. §. sed & 1. ff. de constit. pecun.* sive ex alio quocunque stricti juris negotio, obligationem ad certo loco dandum continente, veluti, contractu innominato *facio ut des certo loco*, ob rationis paritatem: sic ut hæc actio *de eo quod certo loco* non tam nova plane sit, quam potius nova qualitas adjectitia actionum aliarum stricti juris, unde & *utilis* appellatur in *l. 1. in fine ff. h. t.*

Quod si in ipso loco apposito res petatur, non huic utili arbitrariæ, sed directæ actioni stricti juris, locus est, cessante tunc arbitrio judicis ac facultate æstimandi propter locum, quanto plus minusve tribuendum sit. Nam si quid temporis ratione intersit actoris, ob moram in solvendo commissam; id secundum ordinariam omnium actionum sive bonæ fidei sive stricti juris naturam & ab actore recte petitur, & a judice jure adjudicatur, licet ejus nulla in contrahendo mentio facta sit, *l. quod*

si 4. *ff. h. t.* Quemadmodum nec tunc datur, cum ex negotio bonæ fidei res certo loco debita est, *l. in bona* 7. *ff. h. t.* cum ipsa directa actio ex contractu bonæ fidei extra locum adjectum etiam alibi institui possit, & secundum propriam ejus naturam judex ex bono & æquo æstimare, quantum actori præstandum sit, §. *in bona fidei* 30. *Inst. de action.* §. *fin. Inst. de oblig. ex consensu*, nec aliam ob causam hæc ipsa *actio de eo quod certo loco* arbitraria appelletur, quam quia actiones natura sua stricti juris, propter loci adjectionem reducuntur ad naturam actionum bonæ fidei in eo, quod judex ex bono & æquo æstimare possit, extra partium conventionem, quomodo actori per reum satisfieri oporteat, §. *praeterea* 31. *Inst. de action.*

3. Datur hæc actio contra eum, qui certo loco adjecto debet ex negotio stricti juris, & in illo loco non solvit tempore constituto; vel si nulla temporis sit facta mentio, intra tale tempus, quo commode potuit ad locum solutioni destinatum perveniri, *l. arbitraria* 2. §. *qui ita* 6. *ff. h. t. l. continuus actus* 137. §. *cum ita stipulatus* 2. *ff. de verbor. oblig.* etiam contra fidejussorem ex mora propria, non ex mora debitoris principalis, *l. ult. l. centum* 8. *ff. h. t.* Cujus legis octavæ ut sensus evidentior reddatur, considerandum generaliter, moram debitoris fidejussori nocere in omni obligatione ad eam perpetuandam, *l. cum filiusfamilias* 49. *l. mora rei* 88. *l. si servum stipulatus* 91. §. *nunc videamus* 4. *ff. de verb. oblig. l. si quis solutioni* 24. §. 1. *ff. de usuris, l. si libertus* 43. *de operis libertor.* atque insuper debitorem creditori vel ratione temporis vel ratione loci posse condemnari, temporis intuitu, dum non solvit adjecto die; loci respectu, dum non præstat rem eo in loco, qui specialiter solutioni faciendæ erat appositus. Quod si temporis intuitu mora solvendi per debitorem principalem commissa & in casum moræ usuræ in stipulatum aut in pactum legitimum ad agendum efficax deductæ fuerint, uti ad eas post moram principalis debitor incipit obligatus esse, ita & fidejussor ejus in omnem obligationem acceptus ad easdem recte convenietur ex eo tempore, quo principalis cœperat esse in mora solvendi, etsi necdum fidejussor fuisset a creditore interpellatus; quales etiam usuræ non per hanc actionem arbitrariam nec ex officio judicis adjudicandæ, sed magis per actionem ex stipulatu vel pacto legitimo peti debent, *l. quamvis usuræ* 3. *C. de usuris*. Contra vero, si loci adjecti intuitu, ob non factam in loco destinato solutionem, ratio ineunda sit ejus quod interest, fidejussor, utcunque in omnem causam intervenerit, non ex mora debitoris principalis, sed tantum ex sua, ad id quod interest recte condemnatur, habita ratione non loci illius, in quo reus principalis, sed magis in quo fidejussor ipse convenitur. Adeoque, si ponas, centum modios frumenti, Romæ debitos, per creditorem a debitore principali Capuæ petitos esse, ibique condemnationem in modios centum & viginti a judice factam, dum Capuæ tanto minor modii cujusque valor erat, sed, cum executio ob manifestam condemnati inopiam inanis esset, fidejussorem in subsidium conveniri Carthagini, ubi eadem, quæ Romæ, frumenti æstimatio est; non utique in modios centum & viginti, in quos principalis jam Capuæ damnatus erat, fidejussor Carthagini veniret condemnandus, sed tantum in centum, qualis condemnatio in sola centum longe magis tunc fieret, cum fidejussor non Carthagini sed Romæ, adeoque in ipso loco adjecto convenitur, quippe tunc non arbitraria hac sed simplici stricti juris actione ex stipulatu ad solutionem adigendus, juxta *d. l. quod si Ephesi* 4. *ff. h. t.* & hoc est quod Africanus voluit in *d. l.* 8. *ff. h. t.* dum ait, *centum Capuæ dari stipulatus, fidejussorem accepisti, ea pecunia ab eo similiter, ut ab ipso promissore, peti debebit; id est, ut si alibi quam Capuæ petatur, arbitraria agi debeat, lisque tanti æstimetur, quanti ejus vel actoris interfuerit, eam summam Capuæ potius quam alibi solvi. Nec oportebit, quod forte per reum steterit, quo minus tota centum Capuæ solverentur, obligationem fidejussoris augeri*. Ne autem ab eo, quod fidejussor in omnem acceptus causam ad usuras ex mora principalis debitoris tenetur, argumentum ad hanc præstationem ejus quod interest ob solutionem alibi quam loco addito faciendam, imprudentius transferetur, monet Jurisconsultus in verbis sequentibus *d. l.* 8. aliam usurarum, quam ejus quod propter locum interest, rationem esse, ideoque a separatis perperam fieri illationem; *neque enim*, inquit, *hac causa recte comparabitur obligationi usurarum; ibi enim duæ stipulationes sunt, hic una pecunia credita est, circa cujus executionem æstimationis ratio arbitrio judicis committitur*. Quasi diceret, fidejussorem acceptum obligari quidem in omne id, quod & principalis sese devinxerat, adeoque in usuras quoque, quas is promiserat creditori stipulanti in casu moræ; quippe in quas uterque non judicis officio, sed vi ipsius stipulationis ab initio interpositæ damnandus esset, in quantum usuræ fœnebris pecuniæ citra vinculum stipulationis peti nequeunt, *d. l.* 4. *C. de usuris*, sive ut duæ quodammodo distinctæ obligationes sint, altera sortis, usurarum altera, *l.* 1. *C. de judic. l. ubi autem* 75. §. *pen. ff. de verb. obligat.* At ubi locus adjectus est, loci adjectionem non facere aliam separatam conventionem, sed unam tantum esse obligationem rei certo loco promissæ; quæ si non in loco adjecto sed alibi petatur, & executionem habeat, ad id quod interest loci intuitu condemnationem non ex conventione descendere, sed a mero profluere officio judicis, cujus arbitrio a jure committitur ratio æstimationis; eo modo, quo, in bonæ fidei judiciis id contingit circa solvendas ex mora citra conventionem usuras, quarum respectu a Gordiano rescriptum fuit, non esse duas obligationes seu actiones, aliam sortis, aliam usurarum, sed unam tantum, *l. si deposita* 4. *C. depositi*, quasque propterea non esse in obligatione, sed officio judicis præstari, ab Hermogeniano traditum, *l. qui per collusionem* 49. §. 1. *ff. de act. emti:* uti & a Paulo, *l. quæro* 54. *ff. locati*, licet ibi Paulus addat, fidejussorem ad usuras tales condemnandum esse, *ubi se in omnem causam conductionis obligavit*, dum illam phrasim eo sensu accipit, ac si fidejussor, *in quantum illum*, (conductorem sc.) *condemnare ex bona fide oportebit, tantum sua fide esse jussisset*. Porro autem istam differentiæ rationem Africanus in verbis ultimis d. legis octavæ illustrat, dum scribit, *ejus differentiæ manifestissimum argumentum esse, quod, si post moram factam pars pecuniæ soluta sit, & reliquum petatur*,

officium judicis tale esse debeat, ut aestimet, quanti actoris intersit, eam dumtaxat summam, qua peteretur, Capuae solutam esse; adeoque in casu quidem, quo usurae in stipulatum deductae sunt, sortis solutionem pro parte factam sine additamento usurarum, quarum dies jam cesserat tempore partis solutae, non perimere creditori jus petendi per actionem ex stipulatu in praeteritum debitas exsolutae partis usuras; cum & sorte sola in judicium deducta, ac in eam condemnatione secuta, creditori adhuc facultas supersit petendi ex stipulatu sortis illius jam redditae usuras, *l.* 1. *C. de judiciis.* Ex adverso autem si certo loco centum sint debita, & volenti creditori pars debiti, veluti dimidia, alio in loco soluta fuerit, non addito eo quod interest ratione loci, deque residua postmodum alibi extra locum appositum creditor experiatur, judicem haud aestimaturum, quanti intersit, tota centum alibi praestita esse, sed solummodo, quanti referat actoris, eam summam, quae adhuc solvenda restat, & in judicium deducta est, suo loco non fuisse solutam. Nam &, si totam sortem sine eo quod interest extra locum adjectum oblatam & a creditore acceptatam proponas, in universum cessaturam esse petitionem ejus quod interest, Paulus monuit, *l. ult. ff. h. t.* Confer Gujacium *lib.* 3. *ad Africanum ad d. l.* 8. *ff. h. t.* Perezium *C. ubi conven. qui certo loc. dare prom. n.* 9. *& seqq.* Beukelmannum *ad Pand. h. t. num.* 7. Wissenbach *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disp.* 26. *n.* 15. 16. paulo aliter d. legem explicantes.

4. Quod si duo loca alternatim promissioni adjecta sint, veluti *Ephesi aut Capuae centum dari*, debitoris quidem electio est, in quo velit loco solvere; sed eo cessante, creditor eligit, in quo ex duobus locis petere velit, sine alterius loci mentione; sic ut loci electio debitori ob moram pereat, & in creditorem transferatur, *l. arbitraria* 2. *§. Scaevola* 3. *ff. h. t.* Sed &, si facta sit alternatio rerum simul ac locorum, velut, *Ephesi decem aut Capuae hominem dari*, initio inspecto debitoris electio est, tum loci tum rei contemplatione; post moram autem creditor non modo loci, sed propter locum etiam rei electionem habet, an videlicet decem Ephesi an Capuae hominem petere malit, nulla rei alterius locive facta commemoratione, *d. l.* 2. *§.* 3. *ff. h. t.* Si tamen extra duo loca promissioni alternatim adjecta actor alibi petere velit, utriusque rei, si mixta alternationi locorum sit rerum alternatio; atque ita debitori rursus electio competit, cujus velit loci & rei aestimationem considerari, ut secundum eam judex in hac arbitraria definiat, quanto plus minusve in hoc loco, in quo agitur, per reum actori praestandum sit, *d. l.* 2. *§. si quis Ephesi* 2. *§. h. t.* Quod si promissor se *Ephesi & Capuae decem daturum* promiserit, hoc actum intelligitur, ut Ephesi partem Capuae solvat, *d. l.* 2. *§. si quis ita* 4. *ff. h. t.* Plane, si quis hominem certum aliamve rem individuam Ephesi & Capuae dari promittat, ipso jure inutilis foret obligatio, cum impossibilis repromissio sit, arg. *l. si stipulor* 35. *ff. de verb. oblig. §. loca* 5. *Inst. de verb. obligat. l.* 2. *§. qui ita* 6. *ff. h. t. l. non solum* 31. *ff. de oblig. & act. l. ea, quae dari* 135. *l. impossibilium* 185. *ff. de reg. juris.*

5. Conveniendus autem qui certo loco dare promisit, non in alio quocunque loco, sed in eo tantum, in quo sortiretur quoque forum competens, si loci adjectio facta non esset: ne alioquin durioris deteriorisque conditionis foret, qui non nisi uno in loco obligatus esse voluit, & locum adstringendae obligationis gratia adjecit, quam illi, qui non ita adstricte, ac sine loci mentione promiserunt, quales non ubique, sed tantum in foro competente conveniri posse, constat. Eoque facit, quod in *l. heres* 19. *§. ult. ff. de judiciis* Ulpianus scripsit, *eum, qui ita fuit obligatus ut in Italia solveret, si in provincia habuit domicilium, utrobique posse conveniri:* dum superflua sane atque inepta foret adjectio illa, *si in provincia habuit domicilium*, si & tunc, cum in provincia non haberet domicilium, posset nihilominus in provincia per hanc actionem conveniri. Sed & ulterius huc confert, quod haec actio tantum induit naturam actionum bonae fidei propter locum; quodque locus ei non sit, si quid ex negotio bonae fidei certo loco debeatur quasi sufficiente tunc ipsa bonae fidei actione, *l. in bonae fidei* 7. *ff. h. t.* nemo autem judicio bonae fidei promiscuo in quovis loco possit conveniri, juxta generalia juris fundamenta de foro competente. Quod ergo alibi scriptum reperitur, eum, cui certo loco solvi constitutum est, *ubique petere posse & quocunque in loco agi* posse ad id quod interest, *l. si duo* 16. *§. sed &* 1. *ff. de constit. pecun. l. eum, qui insulam* 43. *ff. de judiciis*, civiliter accipiendum est, pro omnibus illis locis, in quibus ex generali legum dispositione actiones intentari possunt, arg. *l. si cui simplicius* 9. *ff. de servitutibus*, & *l. qui loco* 27. *ff. de condict. indebiti.* Ac praeterea in *d. l.* 43. non de hac arbitraria sed stricti juris actione sermo est, cum ibi non de dandi, sed faciendi obligatione tractetur, in qua non esse locum actioni huic de eo quod certo loco, mox dicetur. Donellus *comment. jur. civilis lib.* 17. *c.* 19. *post med.* Besoldus *delibat. juris ad Pand. h. t.* Wissenbach *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disp.* 26. *nu.* 10. Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 3. Perezius *Cod. ubi conven. qui certo loco num.* 1. Neque multum hac in parte a jure Romano mores hodierni recesserunt, quibus is, qui certo loco promisit, non aliter eo in loco efficaciter conveniri potest, quam si illic inveniatur, aut bona habeat, quae arresto graventur ad jurisdictionem fundandam, etiamsi promissor fori privilegio renunciasset, & se specialiter subjecisset jurisdictioni judicis loci illius, in quo se soluturum promiserat. Ut tamen extra locum appositum in quovis alio deprehensus, arresto mediante conveniri queat, cum ex praxi vulgata arrestatio judici tribuat jurisdictionem in personas aut res sisti non prohibitas. Groenewegen *ad l. un. C. ubi conven. qui certo loco dare promisit*, post Cristinaeum, Gayl, Ant. Fabrum, Burgundum, aliosque ibidem citatos.

6. Etsi vero haec actio utriusque utilitatem contineat, tam actoris quam rei, sic ut minoris condemnatio fiat, quam promissum est, si rei intersit, majoris autem, si intersit actoris, nec judex servire teneatur quantitati contractu comprehensae, *l. arbitraria* 2. *pr. & §. ult. ff. h. t.* tamen in aestimando eo, quod interest, inquirendum praecipue, in cujus gratiam adjectio loci facta sit: etenim si actoris causa, etiam maxime ejus foret habenda ratio, ut consequatur quanti intersit; sin rei seu promissoris favore, id ante omnia curandum, ne ille in damno

versetur, licet forte in mora sit faciendi sui copiam in loco adjecto; usque adeo, ut interdum etiam judex reum alibi conventum absolvere debeat, cautione ab eo exactâ de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est, *l. quod si* 4. §. 1. *ff. h. t.* Variis sane modis posse rei interesse, ut magis in loco apposito exsolvat, dubio caret: quid enim si minoris res illic valeat, ubi præstanda, quam ubi petita? quid si levioribus sub usuris pecunia debita possit in loco addito accipi mutua? quid si in loco apposito jam oblata pecunia actori dicatur, vel deposita, vel alia quacunque ratione ex facili solvenda? *d. l.* 4. §. 1. *l. ideo* 3. *ff. h. t.* Ut ex adverso actoris quoque multifariam referre potest, destinato potius in loco quam alibi solvi; dum vel pluris res valet in loco expresso, quam in quo petitur; aut actor trajectitiam dedit pecuniam Ephesi recepturus, ubi sub pœna debebat, vel sub pignoribus, vel etiam sine pignore, & ob moram pœna commissa sit, vel res ejus oppignoratæ aut judicati exsequendi causa captæ vilissimo distractæ: quibus in casibus id, quod interest, etiam legitimum superare potest usurarum modum; *d. l.* 2. §. *ult. ff. h. t.* imo, quia eo quod interest non modo comprehenditur quod cuique abest, sed & quantum lucrari potest, *l. si commissa* 13. *ff. ratam rem haberi;* ideo, si actor ex pecunia certo loco solvenda merces ibidem promercii causa comparare solebat, non damni solius, sed & lucri rationem in hac actione habendam esse, Ulpianus auctor est *d. l.* 2. §. *ult. in fin ff. h. t.* licet alioquin non modo in stricti juris, sed & in bonæ fidei judiciis, ejus tantum lucri, quod circa rem ipsam consistit, non vero adventitii, quod ex negotiatione speratur, ratio haberi soleat, *l. si sterilis* 21. §. *cum per* 3. *ff. de act. emti*, *l. quemadmodum* 29. §. *item Labeo* 3. *ff. ad leg. Aquil. l. ult ff. de peric. & commodo rei vend.*

7. Ceterum invitus creditor cogi nequit, ut alio quam convento loco promissum acceptet, nisi simul id quod interest addatur, *l. pen. ff. h. t.* Quod enim Venulejus scripsit, eum, qui certo loco debet ubique solvere posse, *l. continuus* 137. §. *cum ita* 2. *ff. de verbor. oblig.* de creditore in solutionem alibi faciendam consentiente, vel ob additum id quod interest consentire per jus obligato, intelligendum est; propter *d. l. pen.* & *l. arbitraria* 2. §. *idem Julianus* 7. *ff. h. t.* Si tamen extra locum appositum oblatam a debitore rem sine eo quod interest creditor sponte acceptaverit, nullam deinceps ejus quod interest exactionem habet; cum obligatione principali per solutionem sublata, necesse sit ejus quoque petitionem interire, ad quod non ex obligatione, sed ex solo judicis officio condemnatio descendit, *l. cetum Capua* 8. *in fin. l. ult. in fine ff. h. t.* arg. *l. qui per collusionem* 49. §. 1. *ff. de act. emti.* Nec obstat *d. l.* 2. §. *idem Julianus* 7. *ff. h. t.* cum ibi peculiaris occurrat facti species, qua quis *sibi aut* Titio *Ephesi dari* stipulatus erat, ac non ipsi stipulanti, sed adjecto Titio, solutio facta, idque non secundum formam stipulationis in ipso loco constituto, sed alibi: unde non ipso jure, sed tantum exceptione, tutus erat solvens, poteratque nihilominus stipulator intendere, sibi dari oportere arg. *l. pen. ff. de constit. pecunia*, cui intentioni si reus opponeret exceptionem solutionis adjecto, alibi factæ, repelli optimo jure potuit replicatione illa, quod adjectus solutioni, atque ita mandatarius, acceptans alibi rem certo loco debitam contra formam stipulationis ac fines mandati, immutare non potuerit aut perimere jus stipulantis, ratione ejus quod interest, rem debito loco non fuisse solutam, arg. *l. cui recte solvitur* 10. *ff. de novationib. & delegationib.*

8. Vidimus de loco obligationibus dandi apposito. Quod si non dari sed *fieri certo loco* promissum sit, veluti insulam Capuæ ædificari; non hac arbitraria, sed directa ex stipulatu actione in quovis alio loco commodo agi potest, ad id quod interest ædificium certo loco exstructum non esse, *l. eum, qui insulam* 43. *ff. de judiciis*, tum quia res certo loco danda, alio transferri, ibique dari potest; sed ædificium certo loco exstruendum, alibi frustra ædificatur, sic ut alibi exstruens in nihilum liberatur, *l. arbitraria* 2. §. *idem Julianus* 7. *post med. ff. h. t.* tum quia rei quidem datio in stipulatum recte deducitur etiam sine loci adjectione; at insulam fieri sine loci adjectione, inutiliter quisque stipulatur, *d. l.* 2. §. *si quis insulam* 5. *ff. h. t. l. qui insulam* 95. *l. ita stipulatus* 115. *pr. ff. de verbor. oblig.* Cujacius 3. *ad Africanum ad l. cetum* 8. *ff. h. t.* Bachovius *ad Treutler. vol.* 1. *disput.* 23. *thes.* 6. *lit.* C.

9. Longe minus ex sola diei seu temporis adjectione actio natura sua stricti juris in arbitrariam degenerabit, etsi ob moram id quod interest, seu utilitas temporis, peti possit, *l. quod si* 4. *ff. h. t. l. si fundum certo* 114. *ff. de verb. obligat. l. si calendis* 11. *ff. de re judicata.* Nam nec judex tunc arbitratur, utrum actoris an rei intersit respectu temporis, sed solum considerat fraudatam ex mora utilitatem actoris: nec secundo actor prohibetur post tempus agere summo jure, ut consequatur quod certo die præstandum erat; uti quidem alio loco agere summo jure impeditus est: sic ut in tempore non eadem, quæ in loco, ratio militet actionis arbitrariæ ex necessitate admittendæ. Quibus non adversatur *l. si ut certo* 5. *pr. ff. commodati*, quippe quæ loci temporisque additi comparatione in eo proponit, quod officio judicis insit, & temporis & loci rationem habere: sed an utrobique propterea actione arbitraria experiundum sit, neque illic asseritur, neque in specie istius legis actioni arbitrariæ locus esse poterat, sive temporis sive loci contemplatione; cum de commodato certo loco reddendo, adeoque bonæ fidei negotio agatur, ex quo non arbitraria hæc, sed commodati actio comparata est, *l. in bonæ* 7. *ff. h. t.*

TITULUS V.

De Constituta pecunia.

SUMMARIA.

1. *Quid sit constitutum? quibus fiat formulis?*
2. *Inutile est constitutum, si quis alienum debitum constituat per errorem ut suum, vel alium soluturum; nec stipulatio inutilis valet ut constitutum.*
3. *Quis constituere possit; quibus constitui? An adjecto solutioni? an in constituendo possit alius adjici solutioni? An constitutum tutoribus, curatoribus, actoribus, fiduciariis heredibus, & hereditatis possessoribus, prosit pupillis, municipibus, fideicommissariis, & veris heredibus?*

4. *Qualia debita constitui possint? pecuniæ appellatione hic omnia, etiam facta, comprehendi: etiam generaliter posse constitui omne id, quod Titius debet, & quæ tunc contineantur? etiam debitum naturale tantum; ut non civile tantum; & cur non?*
5. *An constitui possit, quod testamento imperfecto relictum est?*
6. *An debitum conditionale? An in diem certum debens constituere possit, se die citeriore soluturum: & an tunc ante existentiam diei vel conditionis conveniri possit?*
7. *An majorem quantitatem vel plus constituens, quam principali obligatione continebatur, obligetur in id, quod principali obligatione comprehensum est?*
8. *An constitui possit, quod debitum ab eo, qui ab hostibus captus aut deportatus est?*
9. *Sine principali debito non consistit constitutum: sufficit tamen subfuisse debitum, cum constitueretur, licet tempore existentis conditionis constituto apposita evanuerit. Cur sortem debens non possit constituere usuras sortis; & tamen sortem debens constituere possit, se daturum pignora aut fidejussores?*
10. *Potest constitui alteri, quam cui debitum: quod Titio & Mævio tanquam correis, aut tanquam principali & adjecto debetur, soli Titio recte constituitur, sic ut postea adjecto vel alteri reo non utiliter solvatur. Potest & aliud pro alio constitui creditori volenti.*
11. *Actio de constituta pecunia cui detur, contra quem? constituentes habere possunt beneficium ordinis, divisionis, cedendarum actionum. Quid si constituerit quis* a se & Titio, *vel* a se aut Titio dari? *Quid si impersonaliter constituerit?*
12. *Quid petatur per hanc actionem? si creditor debitum ex constituto sibi oblatum acceptare nolit, non habens justam recusandi causam, non amplius ex constituto, sed tantum ex principali negotio agere potest. Nulla constituto novatio fit.*
13. *An legatus constituens id, quod in provincia debet, Romæ tempore legationis actione de constituta pecunia conveniri possit, per distinctiones explicatur?*
14. *Constitutum hodie convenit cum fidejussione.*

1. COnstitutum in jure nostro duplex notum est, aliud possessorium, dum is, qui hactenus suo nomine possedit, constituit se velle alieno nomine possidere, & ita alienæ possessioni præbere ministerium, *l. quod meo* 18. *ff. de acquir. vel amit. possess.* aliud obligatorium, de quo hic, conventio scilicet prætoria, seu pactio a prætore confirmata, qua quis sine stipulatione promittit quod ipse vel alius debet, *§. de constituta* 9. *Instit. de action.* sive inter præsentes, sive inter absentes nuncio vel literis, *l. qui autem* 14. *§. ult. l.* 15. *ff. h. t.* cum solus hic consensus sufficiat, licet verba desint; contra quam in fidejussione servatur propter requisitam verborum solemnitatem, contrahentium præsentiam desiderantem, *l.* 1. *in fine ff. h. t.* Hujus formula non una in jure occurrit, præcipue epistolis emissa; veluti, *scripsi secundum mandatum Seji, si quid tibi debitum approbatum erit, me tibi cauturum & soluturum sine controversia.* Vel, *remanserunt apud me quinquaginta ex credito tuo, ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo idibus Maiis probos*, vel, *habes penes mensam meam denarios mille, quos vobis numerare debebo pridie Calendas Majas*, ut &, *decem, quæ Lucius Titius ex arca tua mutua acceperat, salva ratione usurarum, habes penes me, domine*, *l. eum, qui* 5. *§. Julianus* 3. *l. Titius Sejo* 24. *l. quidam* 26. *ff. h. t. l. ult. ff. de instit. action.* eoque etiam pertinet illud Apostoli Pauli, epistola ad Philemonem data pro Onæsimo servo intercedentis *vers.* 18. 19.

2. Quod si quis alienum debitum, quasi suum, per errorem constituerit, nulla talis constituti vis est, *l. ult. ff. h. t.* ut nec si constituat, alium soluturum, *l. eum, qui* 5. *§. sed si quis* 4. *ff. h. t.* neque secum pugnare Ulpianum credendum est, cum conventionem illam, qua quis constituerat, *certam personam fidejussuram pro se*, obligatoriam asserit, *l. qui autem* 14. *§. sed & si* 2. *ff. h. t.* eo quod formula tali re ipsa comprehensa est facti proprii promissio scilicet, *se fidejussorem creditori daturum*, ut satis innuunt verba prope finalia *d. §.* 2. & connexio paragraphi primi cum secundo dum in primo constituit, se pignora daturum; in secundo, se fidejussoribus satisdaturum. Sed & si quis, cum stipulari vellet, non servaverit formam stipulationis, id quod actum est non valet jure constituti, *l.* 1. *§. eum, qui* 4. *ff. h. t.* Nec huic contrarium est, quod acceptilatio inutilis valeat ut pactum utile, *l. si unus* 27. *§. pen. ff. de pactis*, *l. an inutilis* 8. *ff. de acceptilatione*; cum ita non de obligatione sed liberatione quæstio sit, & leges longe magis liberationi faveant, quam obligationi.

3. Constituere possunt omnes, qui & alias se possunt obligare, patresfam. & filiifam. *l.* 1. *§. sed si* 3. *ff. h. t.* masculi & fœminæ, si modo fœminæ non intercedant, *l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t.* Constituitur vero illis, quibus aliquid est debitum, vel etiam aliis, quibus debitum non est, ex creditoris ipsius voluntate; qua ratione Titio ex consensu Mævii recte constituitur quod Mævio debitum erat, sic ut ipsi Titio obligatio & actio de constituto quæratur, *l. eum, qui* 5. *§. quod exigimus* 2. & *§. Julianus* 6. *ff. h. t.* Sine consensu ejus, cui principalis obligatio competebat, alteri constitui jura non patiuntur, in tantum, ut ne procuratori quidem, adeoque nec ei, qui solutioni tantum adjectum fuerat in prima oblatione (dum Mævius sibi aut Titio dari stipulatus erat) recte constituatur, licet ei recte solvatur, *l. sed & filios.* 7. *§.* 1. *ff. h. t.* junct. *§. si quis alii* 4. *Instit. de inutil. stipul.* Et quia regulariter alteri per alterum obligatio non acquiritur, hinc ineptum quoque constitutum est, si mihi constituas, te Sempronio soluturum, *l. eum, qui* 5. *§. item si* 5. *ff. h. t.* nisi ego non procuratoris, sed tantum nuncii ministerium præstem, *l. qui autem* 14. *§. ult. l.* 15. *ff. h. t.* ut tamen, sicut alias vulgo, ita & hic, alium solutioni adjectum constituto comprehendere, nihil impediat, veluti si quis mihi constituat, se mihi aut Titio soluturum; quo ipso efficitur, ut mihi quidem soli actio nascatur, sed solutio recte Titio fiat, *l. si vero* 8. *l. pen. ff. h. t.* junct. *l.* 7. *in fine ff. h. t. d. §.* 4. *Instit. de inutil. stipulat.* Quemadmodum etiam utilitatis gratia placuit, tutoribus, curatoribus, actoribus municipium valide constitui, *pupillo adolescenti aut municipibus solvi*, ut utilis inde actio muni-

cipibus, pupillo, vel adolescenti detur, *d. l. eum, qui* 5. §. *item tutori* 7. & §. *si actori* 9. *ff. h. t.* Denique æquum visum fuit, ad id, quod fiduciario heredi aut hereditatis possessori constitutum fuit, fideicommissario heredi vel hereditatem evincenti hanc de constituta pecunia decerni actionem, post restitutam aut evictam hereditatem, teste Paulo in *l. si post constitutam* 22. *ff. h. t.* licet idem Paulus alibi de summo juris rigore ex aliorum mente disserens, scripserit, *plerosque putare*, cum possessor alienæ hereditatis pactus est, heredi, si evicerit, neque nocere neque prodesse, *l. si tibi decem* 17. §. *cum possessor* 6. *ff. de pactis*, ac Marciano Pauloque placuerit in casu non plane dissimili, fideicommissarium ipso jure ad exercendas actiones accessorias, per fiduciarium quæsitas, admittendum non esse, sed ex fideicommisso petere debere, ut sibi ab herede cedantur actiones recenter natæ, *l. qui ita institutus* 66. §. 2. *l. si heres pecuniam* 73. *ff. ad Senatusc. Trebell.* aliter Cujacius *ad d. l.* 17. §. *pen. ff. de pactis*, refutatus ab Ant. Fabro rursus aliud statuente, & Triboniani adjectionem in d. l. 22. arguente in *rational. ad d. l.* 17. §. *pen. ff. de pactis*.

4. Constitui potest omne debitum, proprium & alienum, sive corporalium sive incorporalium rerum, sic ut hic pecunia non stricte accipiatur pro sola numerata, uti id est in Macedoniano, sed pro omnis generis rebus in obligationem deductis, in latissima significatione, *l. pecuniæ nomine* 222. *ff. de verbor. signif. l.* 2. *C. h. t.* in tantum, ut & facta comprehendantur, quippe quæ etiam constituto promitti posse, colligitur ex *l. si duo* 16. §. 2. & *ult. l.* 17. *ff. h. t.* & res, quæ jam interierunt, si modo ante interitum mora facta sit, & ita obligatio perpetuata, *l. promissor Stichi* 21. *l. promissor hominis* 23. *ff. h. t.* Nec interest, ex qua causa debitum sit, sive ex conventione, sive ex delicto, veluti emtione, dote, legato, furto, injuria; sive certum sit debitum, sive incertum, forte ex tutelæ aut curæ administratæ rationibus necdum redditis descendens, *l.* 1. §. *debitum* 6. *l. qui injuriarum* 29. *ff. h. t.* aut, si quis constituat, se omnia Titii debita soluturum, quo casu etiam id, quod Titius non suo sed fidejussorio nomine debet, solvere obstrictus foret. Vide Responsa JCtor. Holland. *part.* 2. *consil.* 306. Sive quantitas certa constituto expressa fuerit, sive non; cum ex relatione ad præcedentem obligationem satis de quantitate constet, *l. qui autem* 14. *pr. ff. h. t.* junct. §. *præterea* 5. *in fin. Inst. de inutil. stipulat.* Sive naturale tantum subsit debitum, sive naturale & civile simul, si modo tale sit, quod per exceptionem enervari nequit, *l.* 1. §. *pen. l. quod si maritus* 3. §. 1. *ff. h. t.* Quamvis enim pacto posteriore redintegrari possit obligatio, cujus æquitas pacto priore *de non petendo* sic sublata fuerat, ut agens peremtoria potuisset exceptione repelli, *l. si unus* 27. §. *pactus* 2. *ff. de pactis*, tamen, quia tunc, cum pecunia summo tantum strictoque jure civili debita est, nullum apparet amplius aut superest æquitatis vinculum, arg. *l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *naturalis* 4. *ff. de solutionib.* etiam nihil est, quo prætor moveretur ad hanc actionem ex suo edicto ex bono & æquo accommodandam, quippe quam non alia de causa introduxit, quam ut naturali faveret æquitati, ac confirmaret ea, quæ & ante constituti vinculum erant debita, *l.* 1. *pr.* & §. 1. 6. *ff. h. t.* at neque debita, neque creditores proprie esse intelliguntur, qui perpetua possent exceptione summoveri, *l. creditor* 55. *l. debitor.* 108. *ff. de verbor. signif. d. l.* 3. §. 1. *in fin. ff. h. t.*

5. Ex eo autem, quod sufficit, naturale subesse debitum, dubitatum fuit, an recte in constitutum deducatur, quod imperfecto testamento relictum est. Et quamvis Ant. Matthæo *de obligationibus disp.* 32. *thes.* 5. visum fuerit, efficacem ex tali constituto non nasci obligationem, quia ex imperfecto testamento neque civilis neque naturalis obligatio producta erat, sine qua constitutum non subsistit: tamen pro constituti validitate hic standum existimo. Si enim heres fideicommissa inutiliter relicta, ac post compertam defuncti voluntatem præstita, repetere nequeat, quia ex conscientia relicti fideicommissi satisfactum videtur defuncti voluntati, *l. etsi inutiliter* 2. *C. de fideicommissis*, si voluntatem defuncti, quæ circa legata vel fideicommissa legibus non erat subnixa, necessario implere compellatur, postquam eam sua sponte agnovit, *l. non dubium* 16. §. 1. *C. de testamentis*, si tunc, cum solemnitas juris deest, heres ad solutionem urgeri possit, postquam amplexus voluntatem defuncti legatariis stipulantibus præstare relicta promisit, *l. si veritas* 23. *C. de fideicommissis*, si denique efficax & obligatoria sit promissio solvendi integra legata, licet non ultra dodrantem ob intervenientem legis Falcidiæ rationem potuissent peti, quoties apparet, heredem plenam voluisse fidem testatori exhibere, ac voluntatem ejus sequi, *l. ult. C. ad leg. Falcid.* arg. *l. patrem* 19. *l.* 20. *ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.* nulla sane videtur subesse ratio sufficiens, cur non & constituto eorum, quæ imperfecta fuerant voluntate relicta, similem tribuamus obligandi potestatem: præsertim cum in aperto sit, prætorem æquitate rei motum, suo quoque edicto non raro imperfectas sustinuisse ac confirmasse voluntates, data secundum tabulas bonorum possessione, *l. posthumus* 12. *ff. de injust. rupt. irrito testam.* §. *non tamen* 6. *inst. quib. mod. testam. infirm. tot. t. ff. de bonor. possess. secund. tab.* Nam quod objicitur, nullam hic naturalem subesse obligationem, quam constitutum præsequirit, id vero gratis assumitur, tunc saltem, cum heredi comperta satis est defuncti voluntas, dum vel ei condendæ ipse interfuit, vel ita perspectam habet testium, intra numerum solemnem aut sine subscriptione vel signatione adhibitorum fidem atque integritatem, ut de veritate eorum, quæ per illos asseruntur defuncto placuisse, dubitare sacum haud sustineat, arg. §. *ult. inst. de fideicom. hered. l. ult. C. de fideicommissis*, Fachineus *controv. lib.* 4. *cap.* 5. Jul. Clarus §. *testamentum quæst.* 90. etsi non omnem juris effectum, naturalibus alioquin obligationibus per leges tributum, hæc sortiatur, ac propterea soluta per errorem ex imperfecto testamento legata vel fideicommissa repeti possint indebiti condictione, *l. fideicommissum* 7. *C. de condict. indeb.* quemadmodum id etiam in obligatione, quam pupillus sine tutoris auctoritate promittendo contraxit, contingit, *l. quod pupillus* 41. *ff. de condict. indeb.* qualem tamen pupilli obligationem novari, in constitutum deduci, fidejussores ac pignora admittere, extra dubium est.

6. Sed nec refert, purum sit debitum quod constituitur, an ex conditione die[illegible] certo vel incerto suspensum; & quamvis pro debito in diem vel sub conditione fidejussor pure inutiliter fidejubeat, nec ullatenus obligetur, §. *fidejussores* 5. *inst. de fidejussor.* aliter tamen in constituto servatur, ut eum, qui ex certo die debet, si se die citeriore soluturum constituat, teneri Paulus libro vicesimo nono ad edictum adnotavit, *l. quod si* 3. §. *ult. l.* 4. *ff. h. t.* non ita, ut constituens cum effectu maturius conveniri posset; sic enim durior foret accessoria obligatio, quam principalis, contra *l. Græce* 8. §. *illud* 7. *ff. de fidejuss.* sed magis, ut tunc demum, cum appositus obligationi principali dies extiterit, ex constituto cum eo agatur: eo quod ex eodem Paulo in iisdem ad edictum libris discimus, id quod sub conditione debetur, sive pure sive certo die constituatur, eadem conditione suspendi; ut, existente conditione, teneatur; deficiente, utraque actio depereat, *l. id, quod sub.* 19. *pr. ff. h. t.*

7. Simili ratione, si centum debens, ducenta constituat, in centum tantum tenebitur, quia ea pecunia debita est, & quod supra eam quantitatem solutum ex constituto fuerit, condici posset tanquam indebitum; nisi sciens prudensque plus constituisset & solvisset, quia tunc ratione ejus, quod principale debitum excedit, non alia quam donationis conjectura capi potest, *l. hactenus* 11. §. 1. *ff. h. t.* junct. *l. cujus per errorem* 53. *ff. de reg. juris, l. Campanus* 47. *ff. de operis libertor.* Ant. Matthæus *de obligat. disput.* 32. *n.* 6. Dissent. Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 10. Sed &, si decem debeantur, & *decem & Stichum* quis constituat, potest dici, in decem tantummodo eum teneri, *l. sed & si* 12. *ff. h. t.* Quibus porro & illud consentaneum est, eum, qui & sortem, & usuras quæ non debeantur, constituit, in sortem duntaxat ex constituto teneri, *l. hactenus* 11. §. 1. *in fine ff. h. t.* atque ita de usuris ex præcedente obligatione non debitis accipiendum Marcelli responsum in *l. Titius Sejo* 24. *ff. h. t.* uti ex adverso de usuris debitis Scævola in *l. quidem* 26. *ff. h. t.*

8. Quod si is debeat, qui ab hostibus captus est, hoc quoque constitui ab alio, nihil impedit, cum maneat obligatio non obstante captivitate; sive enim captivus postea revertatur, atque ita jure postliminii fingatur in urbe perpetuo fuisse, ipse tempore constituti celebrati debitor erat: sive contra apud hostes decesserit, ex legis Corneliæ fictione primo captivitatis momento pro mortuo habitus, etiam ex eo tempore heredes habuisse fingitur, ex captivi, quasi defuncti, capite tunc, cum constituebatur, obligatos; sic ut non defuerit eo casu obligatio principalis, *l. hactenus* 11. *ff. h. t.* Alia debitoris deportati causa est; pro cujus debito, quod deportatione vetustius est, alius neque constituere neque fidejubere potest; quia tota obligatio contra eum, nec postliminii nec legis Corneliæ fictione juvandum, extincta est; bonis ejus omnibus una cum oneribus in fiscum translatis, *l. si debitori* 47. *ff. de fidejussoribus*.

9. Ubi ergo in universum deficit principale debitum, non valet constitutum, nec erronea constituentis confessio ei nocet, *l. eum, qui* 5. §. *quod exigimus* 2. *l. ult. ff. h. t. l.* 2. *C. h. t.* arg. *l. si quis, postquam* 37. *ff. de fidejussor.* Ut tamen sufficiat ad constituti validitatem, quod subfuerit principalis obligatio tempore constituti, licet post evanuerit, antequam existeret conditio apposita, vel dies, quo quis constituerat se soluturum; quia retrorsum se hæc actio refert; veluti, si quis constituerit, se pœnam ex injuriæ rapinæ aut alterius similis delicti obligatione temporali seu annali debitam soluturum post triennium, aut sub conditione demum post annum existente, *l. item illa* 18. §. *quod adjicitur* 1. *ff. h. t.* Neque etiam requisitum illud principalis debiti impedit, quo minus debitor constituat, se in debiti illius securitatem fidejussores aut pignora daturum, licet ad neutrum ante obstrictus esset, *l. qui autem* 14. §. 1. 2. *ff. h. t.* Et tamen, sortem debens non recte constituit usuras principaliter non debitas, *l. hactenus* 11. §. 1. *l. Titius Sejo* 24. *ff. h. t.* Si quæras, quorsum hæc tam varie? meminisse oportet, accessorias obligationes in duriorem quidem causam inutiliter concipi, *l. Græce* 8. §. *illud* 7. *ff. de fidejussor.* duriorem vero causam esse, si quis augeat sortis debitum additamento usurarum, arg. *d. l.* 11. §. 1. junct. *l.* 12. *ff. h. t.* Sed jura non intercedere, quominus accessoria obligatio vinculo arctiore aut fortiore, quam principalis, adstringatur; ita fidejussorem vel constitutorem pro debito naturali intervenientem efficaci actione ex stipulatu vel de constituta pecunia ad solutionem compelli posse, dum principalis, qui tantum natura debitor est, nulla potest actione conveniri. Cum ergo per fidejussoris aut pignoris dationem etiam obligatio non augeatur, sed tantum magis in tuto collocetur (uti ex adverso per pignoris remissionem debitum non minuitur, *l.* 1. §. 1. *ff. de liberat. legata*, arg. *l.* 1. §. 1. *ff. quibus mod. pig. vel hypoth. solv.*) consequens erat, eum, qui fidejussores aut pignora pro debito principali se daturum constituerat, eo ipso in duriorem causam non esse obligatum; uti quidem obligaretur, qui constitueret non debitas ex negotio principali usuras.

10. Quin & amplius, præsupposito principali debito, necesse non est, ut eidem, cui ab initio debitum, constituatur: nam & id, quod Titio debebatur, Mævio recte constitui ex Titii voluntate, ante dictum est: & quod Titius sibi aut Mævio dari stipulatus erat, quodve Titio & Mævio tanquam duobus credendi reis promissum erat, soli deinceps Titio constitui, subducta Mævii adjecti vel correi persona, nihil vetat, *l. si vero mihi* 8. *in fin. l.* 9. & 10. *ff. h. t.* adeo ut debitor deinceps adjecto vel alteri credendi reo solvens non liberetur, sed Titio teneatur, repetiturus id, quod adjecto vel correo solvit, per indebiti condictionem; quia loco ejus, cui jam solutum est, is haberi debet, cui constitutum est, *d. l.* 8. 9. 10. *ff. h. t.* Nec secum pugnat Paulus JCtus in *l. si ita stipulatus sim.* 59. *ff. de solution.* cum intersit, utrum debitor constituerit *se soli Titio* soluturum, an vero, cum prius Titio promisisset se Titio aut Mævio soluturum, postea Titio simpliciter constituat, *se Titio soluturum*; priori enim casu, quo se *soli Titio* soluturum constituit, revocatum censetur mandatum, de solutione adjecto facienda, & de eo agit *d. l.* 8. *in fine ff. h. t.* posteriore casu videri non potuit revocatum mandatum, nec exclusa adjecti persona ad solutionem recipiendam, sed magis simpliciter repetita in gratiam Titii obli-

gatio, quæ ante suberat, ac soli Titio non autem adjecto fuerat ex priore stipulatione quæsita. Sed nec requiritur, ut præcise constituatur, idem solvi, quod debitum est; sed cum forte Stichus aut Pamphilus deberetur, solus Stichus in constitutum deduci potest, *l. illud aut illud* 25. *ff. h. t.* Et quemadmodum aliud pro alio volenti creditori recte solvitur, ita & aliud pro debito, pro pecunia frumentum, constitui, nihil prohibet, *l.* 1. §. *an potest* 5. *ff. h. t.* Aliter quam in fidejussione receptum est; in qua in aliam rem, quam quæ credita est, (veluti in frumentum, cum pecunia deberetur) fidejussor non obligatur, *l. si ita fidejussorem* 42. *ff. de fidejussoribus*, forte, quia naturalem æquitatem magis in constituto considerari prætor voluit, quam juris civilis apices ac scrupulositates fere nimias, in fidejussione ac stipulationibus generaliter probatas.

11. Ex constituto nascitur honorario jure actio de constituta pecunia, perpetua, licet olim quibusdam casibus annalis esset, *l.* 2. *C. h. t.* competens ei, cui constitutum est, & heredi, nec non utiliter pupillo, adolescenti, furioso, aut municipio, cujus tutoribus, curatoribus, actoribusve promissum erat ex constituto, quod ipsi erat debitum, *d. l. eum, qui* 5. §. *si actori* 6. *ff. h. t.* Contra constituentem & heredem ejus. Si plures constituerint, divisionis beneficio locus est, si unus eorum in solidum conveniatur, exemplo fidejussorum, *l. ult. C. h. t.* Neostadius *Cur. supr. decis.* 97. Nec dubitandum videtur, quin & ad exemplum fidejussionis ac tutelæ administratæ in constituto beneficium cedendarum actionum admittendum sit; uti & ordinis seu excussionis, quoties quis non proprium sed alienum debitum constituit, arg. *novell.* 4. *c.* 1. *l. ult. Cod. de divid. tutela*; *l. Modestinus* 76. *ff. de solutionibus*, Pyrrhus Maurus *de fidejussor. partis secundæ princip. sect.* 6. *cap.* 3. *num.* 6. & *cap.* 5. *num.* 16. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observat.* 28. *n.* 1. Besoldus *delib. juris ad Pand. h. t. numer.* 5. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 13. *defin.* 1. Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 21. Ant. Matthæus *de obligat. disput.* 32. *thes.* 19. 20. Perezius *Cod h. t. n. qui se pro alio* 14. licet etiam habiturus sit ad fidejussorum similitudinem actionem mandati vel negotiorum gestorum adversus principalem, pro quo constituit, ac satisfecit, arg. §. *si quid autem* 6. *Instit. de fidejussor. l. ex mandato* 20. §. 1. *ff. mandati*. Si quis in constituendo dixerit, *a se & Titio dari*, pro parte dimidia; sin, *a se aut Titio dari*, in solidum tenetur: nullo vero modo obligatur, si impersonaliter (ut loquuntur) dicat, *satisfiet*, *auth. si quando C. h. t.* quamvis aliud in stipulatione servetur; in qua, cum præcedat solemnis interrogatio, facilius etiam verbi istius *satisfiet* applicatio fieri potest, quam ubi interrogatio haud antecessit, ut accidit in constituto, arg. *l.* 1. §. *si quis ita* 2. *ff. de verb. obligat.* Groenewegen *ad d. auth. si quando C. h. t.* Perecius *C. h. t. n.* 4.

12. Agitur autem hac actione ad id, quod constitutum seu promissum est; indultis tamen modicis ad solvendum induciis, non minoribus quam decem dierum, ut exactio celebretur, etiamsi sine die constitutum sit, *l. promissor Stichi* 21. §. *si sine* 1. *ff. h. t.* ut tamen liberetur constituens, si sine mora aut culpa debitoris res perierit, aut casu impeditum sit facti constituti implementum, *l. qui autem* 14. §. *sed & si* 2. *l. si duo* 16. §. *ergo ff. h. t.* Estque singulare in constituto, quod, si creditor tempore faciendæ solutionis in mora fuerit acceptandi totum debitum oblatum, vel etiam ante aut post diem constituto appositum acceptare recusaverit, nullam habens probabilem recusandi causam, postmodum ultra nequeat hac de constituta pecunia actione experiri, sed sola principalis obligatio ei deinceps supersit; cum alioquin mora prior per posteriorem purgetur, *l. qui duo* 16. §. *ult. l.* 17. *l.* 18. *pr. ff. h. t.* Beulkelman *ad Pandect. h. t. num.* 9. Prætor scilicet sibi visus fuit satis invigilasse ac favisse tuitioni fidei datæ, quam fallere grave putabat, si suo edicto jussisset implementum ejus, & debitor edicto parens, secundum fidem interpositam paratus fuisset promissa præstare; nec amplius deinde post moram creditoris tantam deprehendere potuit æquitatis rationem, ut præter jus civile remedium accommodaret ei, qui propriæ debebat moræ imputare, quod non haberet; quæ sibi licuerat edicti prætorii beneficio oblata habere: & non potius eundem ad merum remitteret jus civile, quo ante constituti interpositionem adversarium suum sibi tenuerat devinctum. Advertendum enim, nullam constituto novationem fieri, sed obligationi priori aliam ex constituto accedere, & si quis pro alio constituat, adhuc eum, pro quo intervenit, manere obligatum, perinde ut in fidejussione, *l. ubi quis* 28. *ff. h. t. l. si filiusfamilias* 15. *ff. de in rem verso*, *l. curatores* 3. §. *in eum* 2. *ff. de administr. rer. ad civit. pertin.* Perezius *C. h. t. nu. ult.* Ant. Matthæus *de obligat. disp.* 32. *num.* 12. Wissenbach *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disp.* 27. *nu.* 1. Usque adeo, ut ne per intentatam quidem seu contestatam hanc de constituta pecunia actionem, prior obligatio evanescat, sed demum per solutionem, *l. item illa* 18. §. *ult. ff. h. t.* nec careat competentiæ beneficio hac conventus actione, qui ex priore obligatione ad solvendum compulsus eo opposito se potuisset tueri, *l. quod si maritus* 3. *pr. ff. h. t. l. qui id, quod* 33. *ff. de donationibus*.

13. Quia vero constituto æque ac aliis conventionibus locus addi potest, sive principali debito inveniatur appositus, sive non, *l. eum, qui* 5. *l. si duo* 16. §. *ff. h. t.* operæ pretium fuerit, distinctionibus adhibitis definire, quis constituti effectus sit, si legatus municipii constituerit quod ante legationem debebat; adeoque, quo tempore, quove in loco actione hac de constituta pecunia queat conveniri. Aut enim ante legationem Romæ obeundam adhuc in provincia existens, simpliciter constituit, *se soluturum*: aut 2. ante legationem constituit, *se Romæ soluturum*: aut 3. adhuc in provincia subsistens, constituit, *se tempore legationis Romæ soluturum*: aut 4. Romæ legationis causam jam degens simpliciter *se soluturum* constituit sine loci vel temporis adjectione: aut denique 5. Romæ legatione jam fungens, constituit, *se Romæ soluturum*. Primo casu, cum nempe ante legationem simpliciter constituit, *se soluturum*, non potest Romæ legationis tempore conveniri; quia nec id actum, ut Romæ, nec ut legationis tempore solvat, arg. *l. cum quæritur* 3. *ff. de legationibus*. Sed nec in secundo casu, quando in provincia constituit *se Romæ soluturum*, legationis causa postea Romæ existens, ibidem tempore legationis hanc pati tenetur actionem, *l. eum, qui* 5.

§. *Julianus* 1. *in med. ff. h. t.* (ubi pro *sed & si*, legendum, *sed si* cum Haloandro & aliis) idque ex ratione, quia nec hic id actum fuit ut legationis tempore solutio fiat; quod exigit *d. l.* 3. *ff. de legationibus*. Tertio vero casu, ubi in provincia constituerat, *se tempore legationis Romæ soluturum*, recte legatione durante Romæ ad solutionem compellitur; eo quod id ita nominatim actum erat, *d. l.* 4. *ff. de legat.* Quarto casu, quo Romæ tempore legationis simpliciter sine loci aut temporis adjectione constituerat, *se soluturum quod in provincia debet*, non cogitur Romæ legationis tempore judicium pati secundum Gajum *l. si quis in legatione* 8. *ff. de judiciis*; iterum, quia id actum non erat, ut legationis tempore satisfierit, juxta *d. l.* 3. *ff. de legation.* Nec ei contrarius est Ulpianus in *d. l. eum, qui* 5. §. *Julianus* 1. *in pr. ff. h. t.* nam cum ait, *legatum Romæ constituentem, quod in provincia acceperat, conveniri debet*, intelligendus est de legato Romæ constituente, se Romæ soluturum; idque propter oppositum isti casui casum alterum in verbis sequentibus, *sed si, cum non Romæ esset, sed in provincia adhuc, constituat se Romæ soluturum*; cum oppositorum eadem esse ratio debeat & eædem qualitates. Non etiam repugnat Papinianus, qui legatum Romæ fidejubentem ait non usurum privilegio, *l. cum furiosus* 39. §. *ff.* 1. *de judiciis*, differentiæ enim ratio in eo est, quod non ita rigide agendum cum eo fuerit, cum quo ex sola æquitate prætoria actio ex pacto erat, qualis est constituens, atque quidem cum fidejussore, qui ipso jure civili ex contractu stipulationis tenebatur. Quinto denique casu propter expressam conventionem iterum expedita est, legatum scilicet tempore legationis hanc cogendum subire actionem, *d. l.* 3. *ff. de legation.*

14. Ceterum hodie constituti & stipulationis eadem vis est, ex quo placuit ex pacto serio prolato actionem dari; unde & pro alio constituens, effectu a fidejussore non differt. Gudelinus *de jure noviss. libr.* 3. *cap.* 11. *vers. fidejussores*, Groenewegen *ad rubr. C. h. t.* parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 8. *Instit. de action. num.* 5.

TITULUS VI.

Commodati vel contra.

SUMMARIA.

1. *Quomodo commodatum differat a precario, locatione, usufructu, usu, pignore cum pacto antichresios. Quales res commodato dari possint? an aliena, furtiva, vi possessa?*
2. *Quid sit directa actio commodati? datur & furi ac prædoni. Quid si cum his concurrat verus dominus? Quid, si quis rem alienam commodato dederit ea lege, ut illa domino reddatur?*
3. *Datur contra commodatarium. An, & quatenus contra pupillum, qui sine tutore commodatum accepit? An & quando singuli in solidum, aut pro parte, conveniri possint, si plures sint commodatarii, vel plures unius commodatarii heredes?*
4. *Ad quid teneatur commodatarius? Quid si res perierit aut deterior sit reddita, quam culpam præstet? Quid si orto incendio, aut casu alio, cum posset commodatas res salvas facere, suas prætulerit? Quid si is, qui tricinium sternebat, argentum commodaverit, & id negligentius a commodatario custoditum perierit?*
5. *Non tenetur de casu fortuito. Casus fortuitus & tunc est, cum res deterior fit ipso illo usu, ad quem concessa; vel facto tertii; nisi ipse potuisset rem custodire; vel ipse sua culpa tertium concitaverit; vel factum commodatarii sit.*
6. *An commodatarius teneatur commodanti ex culpa nuncii, per quem commodatum restituit?*
7. *Cessat directa actio, si commodans culpam remiserit, vel deteriorem receperit sine protestatione, cum deterioratio patens esset.*
8. *Contraria commodati actio ad quid tendat? si commodatarius ob rem amissam præstiterit æstimationem ejus, & postea res in potestatem commodantis redierit, an res an æstimatio reddenda sit, & cui hic electio competat?*
9. *Petitur & id quod interest, usum ante tempus non esse ablatum, licet commodans doceat, se re ex nova causa ad proprios usus indigere. Quando fieri possit repetitio commodati, si illud sine modi & temporis adjectione concessum sit?*
10. *Jure compensationis commodatarius consequi potest quod contrario petitur judicio, si termini habiles compensationis sint. An corpora ipsa commodata retineri possint, donec impensæ in ea facta restitutæ fuerint, jure civili & hodierno?*

1. COmmodatum est contractus bonæ fidei, re constans, quo res alteri gratis ad certum tempus & modum utenda traditur ea lege, ut finito tempore vel usu, restituatur in specie. In precario quidem, & locatione, & usufructu, & usu & pignore cum pacto antichresios, rem etiam ad usum concedi palam est; sed diversimode, dum in locatione & antichresi non gratis, in precario non ad certum tempus, in usufructu non per contractum tantum, sed & per ultimam voluntatem & legis dispositionem, alteri tribuitur utendi jus. Commodato autem dari possunt res mobiles, immobiles, incorporales, velut habitatio, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* & prædiales servitutes, arg. *l. veluti* 3. & *l. bebet* 15. §. *precario* 2. *ff. de precario.* Adde *t. de usu & habit. num.* 6. Non tamen res fungibiles, quæ usu consumuntur, nisi dicis gratia, ad pompam forte vel ostentationem, *l. sed mihi videtur* 3. §. *ult. l.* 4. *ff. h. t.* De cetero nihil interest, an propriæ sint ejus qui commodato concedit, an alienæ; cum enim dominium non transeat ex commodato, sed sola naturalis possessio seu detentio & usus, *l. rei commodatæ* 8. *l.* 9. *ff. h. t.* sequitur, non modo dominos, sed & fructuarios, & alios quosvis, qui rei utendæ jus habent, nec usum istum in alios transferre legibus prohibentur, posse commodato dare; sic ut nec verus dominus tunc usum istum avocare queat, quamdiu durat concedentis jus, arg. *l. arboribus* 12. §. *usufructuarius* 2. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Plane prædones etiam ac fures posse rem furtivam aut vi raptam aliis commodare, dubium non est, at non ita, ut domino præjudicent, quo minus ille ante tempus vel usum finitum rem suam vindicet, quin & furti actionem aut condictionem furtivam commodatario moveat, si is, sciens rem furtivam esse, eandem ex commo-

dati titulo suscepit ac contractavit, *l. si servus* 14. *l.* 15. *l.* 16. *ff. h. t.*

2. Nascitur ex hoc contractu commodati actio directa & contraria. Directa datur commodanti, etiam furi vel prædoni: tametsi enim his pœnalis furti actio, meram pœnæ persecutionem continens, denegata est, ne ex sua improbitate lucrum sentiant, *l. itaque* 12. §. 1. *ff. de furtis*, tamen hæc rei persecutoria danda fuit; cum eorum intersit rem sibi restitui, quo suis eam dominis reddant, *d. l.* 14. *&* 16. *ff. h. t.* Nisi cum ipsis, hac commodati actione agentibus, verus concurrat rei dominus rem suam vindicans; nam cum non alia de causa prædonibus hæc commodati actio detur, quam ut tandem eorum opera ad dominum res furtiva revertatur, his nullum jus in re habentibus, & ad rem ipsi domino reddendam devinctis, dominum vindicatione concurrentem postponi, iniquum foret, arg. *l. bona fides* 31. §. 1. *ff. depositi.* Quod si quis rem alienam ea lege commodato dederit, ut non sibi sed vero rei domino restituatur, jure quidem stricto nulla inde commodati actio domino rei nasci potuit; ob æquitatis tamen rationem, quæ rem domino reddi suadet, utilis concessa est, *l. pen. C. ad exhibendum.*

3. Convenitur hac actione directa commodatarius, & heres ejus: etiam pupillus, si tutore auctore commodatum receperit: etenim, si tutoris defuerit auctoritas, commodati actione non tenetur, quoniam ita nec constitit commodatum in pupilli persona, nisi quatenus inde locupletior factus est, secundum D. Pii rescriptum, *l.* 1. §. *ult. l.* 3. *pr. ff. h. t.* usque adeo, ut, etiamsi pubes factus dolum aut culpam admiserit, hac actione conveniri nequeat, quia ab initio non constitit, *d. l.* 1. §. *ult. in fine ff. h. t.* Unde tamen perperam educitur, nullam ergo ob dolum post pubertatem commissum actionem dari. Cum enim inficias iri nequeat, quin post pubertatem ita rem sine titulo justo tenens, nec domino restituens, pro possessore possideat, dubium vix esse potest, quin, si rem ita commodatam dolo malo possidere desierit, ad exhibendum actione & rei vendicatione conveniri possit, dum dolus pro possessione est, *l. in autem* 37. §. *sed & is* 3. *ff. de rei vind. l. Celsus scribit* 5. §. *idem Julianus* 2. *l. si vir* 11. *ff. ad exhibend. l. qui dolo* 131. *l. ad ea, quæ* 157. §. 1. *ff. de reg. jur.* sed & ex lege Aquilia, si dolo vel culpa reddiderit deteriorem, arg. *l. si quis hominem* 17. *ff. ad exhibendum*, cum ætas minores legis Aquiliæ actioni non subducat, uti nec aliis ex delicto descendentibus, sed ad id unum proficere possit, ut restituantur, si ex ea lege conventi sese dupli pœnæ per inficiationem reddiderint obnoxios, *l. si ex causa* 9. §. *nunc videndum* 2. *ff. de minorib. viginti quinque ann.* Si pluribus simul res commodata sit, contra singulos in solidum actio hæc datur, nisi aliud ab initio placuerit; uti placuit, dum convenit, ut res esset commodata pluribus *communi periculo*, idest, ut unusquisque partem præstaret, *l. rem mibi* 21. §. 1. *ff. h. t.* Pacius *enant. cent.* 4. *num.* 41. Tali ergo deficiente conventione, singuli in solidum obstricti sunt, sic ut duo quodammodo rei habeantur, & si alter conventus præstiterit, liberetur alter electione commodanti tributa, quem convenire velit, *l. si, ut certo* 5. §. *ult. ff. h. t.* junct. *l. in duobus* 3. *l. reos promittendi* 11. *ff. de duob. reis constituend.* Cujacius *lib.* 26. *observ.* 28. nisi unus solus pro re commodata, sibi furto subducta, furti egerit, permittente secundum jus novissimum commodante & furti actioni renunciante: tunc enim, si alter conveniatur, qui furti non egit, & paratus sit periculo suo conveniri alterum, qui furti agendo lucrum sensit ex re commodata, audiendus ac absolvendus est, *l. unde quæritur* 7. *pr. ff. h. t.* Quin &, si unus ex duobus ejusdem rei commodatariis solus rei in solidum restituendæ facultatem habeat, alterum de rei ipsius restitutione conveniri, æquum non est: nam & cum plures ejusdem commodatarii heredes sunt, unus autem eorum rem totam possidet, atque ita solidæ rei restituendæ facultatem habet, solus in id damnari debet, quasi hoc boni judicis arbitrio conveniat; uti & tunc, cum unus eorum non ex defuncti, sed proprio facto, hac actione interpellatur: licet alioquin ita jus sit, ut heredes ejus, qui commodatum accepit, singuli pro ea tantum parte, qua heredes sunt, conveniendi sint, *l. sed. mibi* 3. §. *heredes* 3. *l. in commodato* 17. §. *si ex facto* 2. *ff. h. t.* Quod si filiofamilias aut servo commodatum sit, contra patrem vel dominum de peculio actio est; cum ipso filiof. etiam hæc commodati, *l. sed mibi* 3. §. *filiof.* 4. *ff. h. t.*

4. Tendit hæc actio directa ad id, ut restituantur res commodatæ cum accessionibus; adeo ut, si equum tibi commodato dedi, quam pullus comitabatur, etiam pulli te custodiam præstare, atque ita eum quoque cum equa reddere debere obtinuerit, *l. si, ut certo* 5. §. *usque adeo* 9. *ff. h. t.* Non tamen ad furti pœnam, si commodatarius furtum in re commodata passus, duplum aut quadruplum a fure per actionem furti consecutus sit, *l. ult.* §. *sed cum* 3. *Cod. de furtis & servo corrup.* Duabus rebus commodatis, recte de una restituenda agitur, si modo commode separari possint: nam eum, qui carrucam vel lecticam commodavit, non recte de singulis partibus acturum, responsum est, *l. in commodato* 17. §. *pen. ff. h. t.* Si res perierit, præstanda æstimatio ejus; adeo ut ob dolum commodatarii non restituentis etiam in litem jusjurandum deferri possit, *l. sed mibi* 3. §. *in hac* 2. *ff. h. t.* ob culpam nudæ æstimationis, & ejus quod interest, condemnatio sequatur, *l. in commodato* 17. §. *ult. ff. h. t.* quod & placuit, si res deterior reddita sit, *d. l. sed mibi* 3. §. *si reddita* 1. *ff. h. t.* aut alio, quam convento loco & tempore restituatur, *d. l. si, ut certo* 5. *pr. ff. h. t.* Culpam sane omnem a commodatario ex commodati natura præstari oportet, nisi aliud actum sit: aut nisi contrahentis utriusque, vel solius commodantis utilitas in commodato vertatur: tunc enim illo quidem casu de sola levi, hoc vero de sola lata culpa ac dolo commodatarium teneri, certum est, & exemplis docetur in *l. si, ut certo* 5. §. *nunc videndum* 2. *&* §. *interdum* 10. *l. in rebus* 18. *ff. h. t.* §. 2. *Inst. quib. mod. re contrab. obligat.* Culpæ vero & illud adscribendum est, si quis, cum & propriis & commodatis rebus a vi latronum, incendio, ruina, naufragio, tumultu, damnum immineret, ac posset res commodatas salvas facere, suas prætulerit, *l. si, ut certo* 5. §. *quod vero senectute* 4. *ff. h. t.* arg. *l. tutor secundum* 13. §. 1. *ff. de admin. & peric. tut.* non enim salva fide minorem rebus alienis suæ fidei commissis, veluti depositis multoque magis

commodatis, diligentiam quis præstat, quam suis, *l. quod Nerva* 32. *ff. depositi*, *cap.* 2. *extra de deposito*. Imo, in commodatis commodatarium exactiorem præstare debere diligentiam, quam in suis, Paulus notat, *l. custodiam* 3. *ff. de peric. & comm. rei vend.* Cumque inter magis & minus pretiosas lex non distinguat, nec nostrum erit in hisce distinctionem adhibere. Ant. Matthæus *de obligat. disput.* 10. *num.* 15. *diss.* Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 12. Wissenbach. *ad Pand. t. depositi*, *vol.* 1. *disp.* 31. *num.* 26. Sed & culpæ merito adnumeraveris, si per negligentiorem rei commodatæ custodiam res illa perierit; etiamsi ipse commodans circa applicandum rei commodatæ usum suam ipse commodatario operam ac ministerium præstitisset. Qua ratione in nobili facti specie ab Ulpiano responsum fuit, si de me petiisses, ut triclinium tibi sternerem, & argentum ad ministerium præberem, & fecero; deinde petiisses, ut idem sequenti die facerem, & cum commode argentum domi referre non possem, ibi hoc reliquero & perierit, custodiam eum debere præstare penes quem res relictæ erant, nisi aliud nominatim convenerit, *l. si*, *ut certo* 5. §. *fide me* 14 *ff. h. t.*

5. Casum fortuitum in re aliena uti nemo ex contractu præstare solet, ita nec commodatarius, nisi ita convenerit; vel forte rem æstimatam commodato receperit ea lege, ut aut rem commodatam restitueret, aut æstimationem ejus; vel culpa quædam commodatarii præcesserit, quæ casui subsecuta causam dedit, *d. l.* 5. §. 3. 4. 7. *ff. h. t. d.* §. 2. *Inst. quib. mod. re contrah. oblig. l.* 1. *C. h. t.* Accensendum autem casui fortuito tum illud, quod res deterior reddita sit ex eo usu, ad quem concessa; cum sit, quod sibi imputet commodans, quod verbigratia equum in tam longum iter commodaverit, qui eum laborem sine deterioratione sustinere non potuit, *l. eum, qui* 10. *pr. l. ult. ff. h. t.* tum etiam factum tertii, dum is forte rem commodatam citra commodatarii culpam nullo jure retinet; veluti si res ad id commodata sit, ut per commodatarium pignori daretur creditori ejus, & creditor repignorationem seu luitionem pignoris non patiatur, quo posset commodanti restitui, vel debito jam soluto reddere detrectet; tunc enim commodatarius liberari potest cedendo suas actiones commodanti contra creditorem, commodatum tenentem: ita tamen, ut sumtum istius litis, cæteraque impendia similia agnoscere debeat, qui commodatum accepit, *l. si, ut certo* 5. §. *rem tibi dedi* 12. *ff. h. t.* Sed & si tertius rem commodatam corruperit ac deteriorem reddiderit, non commodatarii sed commodantis domini damnum est, nisi commodatarius ipse rem potuisset custodire, ne damnum ei per tertium inferretur, *l. ad eos* 19. *ff. h. t.* junct. *l. sed de damno* 41. *ff. locati*, *l. si ut certo* 5. §. *si me rogaveris* 13. *ff. h. t.* (ad quam vide Ant. Fabrum in rational.) vel nisi ipse sua culpa aut imprudentia præbuerit tertio damni dandi occasionem, arg. *l. lectos* 12. *l.* 13. *l.* 14. *ff. de peric. & commodo rei vend. l. si merces* 25. §. *culpæ* 4. *ff. locati*. Adde *t. de leg. Aquil.* vel denique ex pluribus commodatariis unus damnum rei commodatæ intulerit; ex illo enim unius facto non eum solum, sed & reliquos teneri placuit, regressum habituros, actione sibi per commodantem cessa, adversus eum, qui damnum dedit, *l. unde quæritur* 7. §. 1. *ff. h. t.* quia plures ejusdem rei commodatarii quodammodo correi habentur, *l. si, ut certo* 5. §. *ult. ff. h. t.* factum autem unius correi alteri nocet, *l. pen. ff. de duob. reis constituendis*.

6. Unde dubitatum, an & ex culpa nuncii per quem commodati restitutio fit, commodatarius commodanti teneatur? Si ipse nuncii operam elegerit, vel alius sese mandato commodantis de re recipienda instructum finxerit, & commodatario nimis credulo persuaserit, est quod commodatarius suæ imprudentiæ in eligendo nuncii ministerio, vel credulitati nimiæ imputet, si alter corruperit rem, aut cum ea in fugam sese dederit; etsi forte is vere commodantis famulus, aut aliter ei a ministeriis fuisset, vel etiam gratia commonendi, ut referretur res commodata, missus esset. Si vero commodans mandaverit, per quem res a commodatario remittenda sit, periculum omne commodantis foret, *l. eum, qui* 10 §. 1. *l.* 11. *l.* 12. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* arg. *l. unic.* §. *servi vero* 5. *ff. furti adversus nautas*, *l. apud Labeonem* 20. §. *ult. ff. de præscript. verbis*, *l. cuicunque* 5. §. *idem Labeo* 9. *ff. de institor. act.* Plane, si quis rem sibi commodatam tam idoneo servo suo, vel commodantis, tradidisset ad commodantem perferendam, ut non debuerit quis æstimare, futurum, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, non commodatarii, sed commodantis detrimentum fore, si eam mali homines intercepissent, Juliano placuit, *l. argentum* 20. *ff. h. t.* arg. *d. l.* 20. §. *ult. ff. de præscriptis verbis*, si modo perferentis ipsius malitia aut culpa notabilis conjuncta non sit, Vide Berlichium *conclus. practicab. part.* 5. *concl.* 58. *n.* 25. 26. 27. Gomezium *var. resol. tom.* 2. *cap.* 7. *n.* 3. Carpzovium *defin. for. part.* 5. *constit.* 41. *defin.* 12. 13. Zoesium *ad Pand. h. t. n.* 13. Ant. Matthæum *de oblig. disp.* 10. *n.* 14. Responsa Jurisc. Holland. *part.* 2. *consil.* 32.

7. Cessat tamen hæc actio, si commodato dans culpam in re commodata commissam remiserit: quam & tacite remisisse præsumendus est, si rem commodatam culpa commodatarii deterioratam receperit sine deteriorationis æstimatione, nec de eo protestatus sit: dummodo depretiatio patens fuerit, atque adeo potuerit recipienti nota esse: secus, si latens: argumento eorum, quæ de latente vel patente vitio tractantur, *t. ff. ædilit. edicto*, Anton. Matthæus *de obligat. d. disput.* 10. *n.* 11. Wissenbach *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disput.* 27. *n.* 13.

8. Contraria commodati actio commodatario datur, adversus commodantem ad id, quod ei abest ex vitio rei commodatæ, dum servus, qui fur erat, aut dolia mucida, quibus vinum corruptum, a sciente ad usum concessa sunt, *l. in commodato* 17. §. *sicut* 3. *l. in rebus* 18. §. *item qui sciens* 3. *l. pen. ff. h. t. l. sed addes* 19. §. 1. *in fine ff. locati*. Confer Hug. Grotium *manud. ad jurispr. Holland. lib.* 3. *cap.* 9. *n.* 17. & *seqq.* Ut & ad impensas graviores in rem commodatam factas non modicas; quippe quas cum usu commodatarius pensare, & ipse ferre debet, *d. l. in rebus* 18. §. *possunt* 2. *ff. h. t.* Præterea ad pretium recuperandum, quod commodatarius commodanti rei amissæ loco præstiterat, si ea postmodum in commodantis reversa sit potestatem; aut ad rem ipsam velut ex titulo emptionis tradendam; cum litis æstimatio similis sit emtioni, *l. in commodato* 17.

§. *ult. ff. h. t.* junct. *l. litis aestimatio* 3. *ff. pro emtore*, sic ut ipsius commodantis, hac actione alternatim instituenda conventi, electio sit, utrum rem commodatario praestare malit, an id, quod accepit, reddere *d. l.* 17. §. *ult.* Ut tamen in commodatarii potestate sit hanc commodanti tollere eligendi facultatem, dum non hac, sed aliis actionibus a jure sibi concessis, adversus commodantem experitur. Cum enim rei commodatae pretium post rem ad commodantem reversam sine causa penes eum sit, secundum jus commune patet commodatario condictio sine causa, non ad rem, sed pretium datum recuperandum, *l. si fullo* 2. *ff. de condict. sine causa.* Rursus, cum litis aestimatio secundum jam dicta emtioni similis sit, sic ut oblatam litis aestimationem suscipiens, rem offerentis faciat, velut emtione translatam, *l. si ut certo* 5. §. *si quis hac* 1. *ff. h. t.* utili rei vindicatione commodatario adversus commodantem experiundi potestas est, qua mota, non facile is audiendus est, si non rem, sed pecuniam, restituere velit, arg. *l. si culpa* 63. *ff. de rei vindic.* junct. *l. inde positi* 12. *ff. de re judicata.*

9. Comparata denique etiam est haec actio contraria ad persequendum a commodante, id, quod interest commodatarii, si usus ei ante tempus sit ablatus, sive ab ipso commodante, sive ab extraneo, dum forte res aliena commodato data est sine domini voluntate, & is jure dominii sibi vindicavit usum rei suae, arg. *l. si in lege* 24. §. *colonus* 4. *ff. locati*, *l. in commodato* 17. §. *sicut* 3. *ff. h. t.* Nec commodantem, ante tempus aut usum finitum rem commodatam auferentem, excusat quod doceat, se re commodata ante tempus contractu definitum ex inopinata causa proprios in usus indigere. Id enim etsi in locatione probatum sit, *l. ade quam* 3. *C. de locato*, ad commodatum tamen trahendum non est: cum conductor, usu carens, mercedem vicissim retineat, atque ita levius damnum sentiat; at commodatarius per ablatum maturius gratuitum rei usum graviorem esset subiturus laesionem; ut proinde dispar ratio sit. Quod si ita res commodato concessa sit, ut neque modus, neque tempus certum, a commodante adjiceretur, ipse postea modum finemque utendi sua voluntate constituere non potest; sed potius arbitrio judicis aut viri boni definiendum, quo usque usus commodatario ex aequitate relinquendus sit; neque enim permittendum videtur commodanti, ut intempestive auferat rei commodatae usum, atque ita eveniat, decipi potius commodatarium, quam adjuvari beneficio commodati. Unde, si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo; &, si feceris, contrario mihi judicio utiliter devinctus fores: nam si negasses, vel emissem, vel testes adhibuissem. Idemque est, si ad insulam fulciendam tigna commodasti, deinde protraxisti, *d. l. in commodato* 17. §. *sicut* 3. *ff. h. t. l. Lucius Titius* 38. *ff. mandati.*

10. Ceterum haec omnia, quae commodatarius contrario petit judicio, etiam jure compensationis sibi servare potest, si vicissim ob damnum, in re commodata datum, commodanti quid debeat, atque ita inveniantur termini habiles compensationis, debita utrimque quantitate, *l. in rebus* 18. §. *ult. ff. h. t.* Quamvis corporum ipsorum commodato concessorum retentionem exercere, & ita praetextu debiti restitutionem commodati recusare non possit, *l. ult. C. h. t.* Etsi enim olim jurisconsultis placuerit, pro impensis in rem commodatam factis, praecipue necessariis, commodatario competere rei ipsius retentionem, re quasi pignoris loco apud eum remanente donec impensae redderentur, *l. creditoris* 15. §. *ult. l. si is, qui rem* 59. *ff. de furtis*, eo modo, quo & dotis retentiones olim marito datae pro impensis in dotem factis, §. *item si de dote* 37. *Instit. de action. l. un.* §. *taceat* 5. *C. de rei uxor. act.* & creditori retentio pignoris, si quid in ejus conservationem necessario depensum esset, *l. si necessarias* 8. *ff. de pignorat. act.* bonae etiam fidei possessori, aliisque pluribus postea tamen Imperatoribus Diocletiano & Maximiano aequius justiusque visum fuit, praetextu cujuscunque debiti, absque ulla distinctione, restitutionem commodati non probabiliter recusari, atque adeo sufficere commodatario oportere contrariam commodati actionem, *d. l. ult. Cod. h. t.* Et sane perquam durum fuerit, commodanti, qui per commodati concessionem beneficium commodatario praestare intelligitur (juxta *l.* 17. §. 3. *ff. h. t.*) hanc referri beneficii accepti gratiam, ut quasito impensarum factarum colore defraudaretur in posterum rerum suarum fruitione per retentionem ab eo factam, qui ulterius utendi jus non est. Quin &, quae rationes pro eo adducuntur, ne in deposito compensatio admittatur, etiam pro retentionis exclusione in causa commodati stringunt, dum non minus, imo magis fidem frangit, qui accepto ac finito beneficio non reddit, quod se restituturum promiserat, uti id in commodato contingeret, quam qui nullo accepto beneficio, sed potius praestito officio, declinat rei ex conventione reddendae restitutionem; quod in deposito fieret. Interim non desunt, qui putant, adhuc jure posteriori salvam esse commodatario, pro impensis necessariis retentionem commodati; & accipiunt *d. l. ult. C. h. t.* de debito extraneo; quod non occasione commodati, sed alia ex causa natum est; nec contrario commodati judicio exigi potest, uti post alios Vinnius *select. quaest. libr.* 1. *cap.* 52. *in med.* Sed vix est, ut verbis sine distinctione positis ea restrictio satis apte applicetur: praesertim considerata superius allegata ratione apparentis in commodati retentione iniquitatis. Plane hodiernis moribus commodatarium praetextu non modo impensarum in rem commodatam factarum, sed & debiti cujuscunque alterius velamento rem commodatam retinere posse, dubium non est, dum adhibita judiciali auctoritate cuique liberum est rem debitoris, quam possidet, sub se sistere ac penes se includere, quo aliud sibi debitum ab eo consequatur. Quamvis & verum sit, commodantem interposita cautione impetrare posse arresti laxationem, & rei commodatae restitutionem, Groenewegen ad *l. ult. C. h. t.*

TITULUS VII.

De Pignoratitia actione.

SUMMARIA.

1. *Quotuplex sit pignus, & quid sit contractus pignoris, quando expresso emtionis titulo tamen vere pignus sit? quae actiones inde nascantur?*

2. *Cui detur directa pignoratitia, an & furi vel prædoni, qui rem alienam pignori dedit?*
3. *Contra quos detur? an primo debitori contra secundum creditorem, cui pignus pignori datum? Quid si plures creditores simul pignus susceperint, vel plures unius creditoris heredes convenien-di sint?*
4. *Tendit ad restitutionem pignoris & accessionum. Quid si thesaurum invenerit in fundo pignorato? quid si pignoris surrepti furtum passus aut vim metumve, pœnam consecutus sit? Quid si pignus distraxerit, & pretium superfluum fœnori collocaverit, aut inde rem aliam emerit?*
5. *Præstanda per creditorem lata & levis culpa, non casus. An levissima, uti in commodato? Cui hic incumbat onus probandi culpam & casum?*
6. *Ut locus sit huic actioni, totum debitum debet solutum esse, aut eo nomine satisfactum. Quid si plures unius debitoris aut creditoris heredes sint, & singuli solverint vel singulis soluta sit sua pars? An sorte soluta, pignus pro usuris necdum solutis retineri possit?*
7. *Plenius adstruitur, juri luendi pignoris non posse præscribi ullo tempore.*
8. *Recensentur casus, quibus pignoratitia directa datur, licet creditori necdum solutum aut satisfactum sit.*
9. *Cogi non potest creditor ut pignus vendat, licet nunc pluris vendi possit, quam unquam postea, sed vendit tunc debitor; & si creditor tunc patiatur, rem emtori tradi & sibi de debito solvendo caveri, humanitatis id potius quam necessitatis est.*
10. *Quid sit actio contraria pignoratitia? de impensis necessariis & utilibus repetendis, & pignore pro necessariis retinendo. De damno, quod creditor ex pignore passus est, reparando; & præstando eo quod interest ex variis causis.*
11. *Actio pignoratitia directa & contraria etiam in hypothecis locum habet, ex quo creditor per actionem hypothecariam nactus est hypotheca possessionem.*

1. QUintuplex in jure nostro pignus occurrit, pacta, conventionale, legale, prætorium, judiciale, ac testamentarium. Conventionale vel mediante traditione contrahitur, vel nuda conventione seu pacto per prætorem confirmato, *l. 1. ff. h. t.* Quod traditione perficitur, est contractus bonæ fidei re constans, quo creditori res traditur in securitatem crediti, ea lege, ut soluto debito, vel alia satisfactione interveniente, eadem in specie restituatur: uti plenius tradunt interpretes ad *§. ult. Instit. quib. mod. re contrah. obligatio*, qualis contractus pignoris, licet subinde per contrahentes veletur emtionis titulo vel dationis in solutum, non tamen ideo minus pignus manet, quoties circumstantiæ concurrentes id suadent, ut Responsum ab Hugone Grotio Resp. Jurisc. Holl. *part. 3. vol. 2. consil.* 177. Cum autem hoc loco pignus non consideretur, quatenus inde nasci solet creditori jus in re & actio hypothecaria, sed tantum tanquam causa actiones in personam, pignoratitiæ scilicet directa & contrariæ; consultum erit, omnem de pignoribus & hypothecis tractationem rejicere in librum vicesimum Pandectarum, velut propriam istius materiæ sedem, nec aliud hoc loco excutere, præter ipsam personalem, tum directam tum contrariam, pignoratitiam actionem.

2. Directa actio pignoratitia est personalis, bonæ fidei, competens debitori, & generaliter ei, qui pignus dedit, sive pro suo debito, sive pro alieno; cum unusquisque non modo personam suam fidejubendo, sed & res suas pignoris jure pro alieno possit debito devincire, *l. item quæritur* 13. *§. ult. ff. locati* arg. *ult. §. 1. ff. ad senatusc. Vellejan.* Nec refert, an dominus sit, qui pignus dedit, an emphyteuta, vel superficiarius, vel fructuarius, vel creditor, qui pignus pignori dedit, vel qualiscunque alius, qui jus in re tale habet, quod non respuit pignorationem, arg. *l. tutor* 16. *§. ult. l.* 17. *ff. h. t. l. si is, qui bona* 11. *§. usufructus* 2. *ff. de pignorat. & hypot.* Quid quod & ei hæc actio danda est, qui rem prorsus alienam pignori dedit, & ita accipientem ad restituendum obligavit; sive ex consensu aut ratihabitione domini pro proprio vel tertii debito rem obligaverit, arg. *l. aliena res* 20. *ff. h. t.* sive pro debito ipsius domini, tanquam procurator ejus, mandato instructus, *l. stultum* 11. *§. ult. l.* 12. *ff. h. t.* sive denique tanquam fur aut prædo rem alienam possederit, & pignori dederit, etsi enim fur aut prædo jure pignoris rem furtivam cum effectu nequeat creditori devinctam efficere; quia tamen ejus interest, eam sibi reddi, ut domino restituat, repetitionem ei per hanc actionem dari æquum fuit, *l. si pignore* 22. *§. si prædo* 2. *ff. h. t.* arg. *l. commodare* 15. *l.* 16. *ff. commodati*.

3. Agendum hac actione contra creditorem, qui pignus ex contractu suscepit; quive illud accepit, quasi nummos daturus, si forte postea numerati non sint; vel conditio debiti, pro quo pignus datum, defecerit, atque ita nunquam vere creditor factus sit, *l. solutum* 11. *§. si quasi* 2. *ff. h. t.* Adhæc contra tutorem, curatorem, procuratorem, cui in domini mandantis, aut pupilli, vel adulti securitatem pignus obligatum est, *d. l. solutum* 11. *§. per liberam* 6. *ff. h. t.* Contra dominum quoque vel patrem, cujus servo aut filiofamilias peculiari nomine pignus traditum, *l. si creditor* 28. *§. 1. ff. h. t.* arg. *l. sed mihi* 3. *§. si filiosfamilias* 4. & 5. *ff. commodati*. Non tamen contra fidejussorem, cum forte prædiis & prædibus per debitorem cautum esset, si fidejussor pignora vel hypothecas susceperit, atque ita pecuniam solverit; sed potius cum eo mandati judicium est, *l. fidejussor* 2. *ff. de pignor. & hypoth.* Non etiam primo debitori contra secundum creditorem, si pignus pignori datum ponas, ac primum debitorem suo creditori, quod debet, exsolvisse; nisi debitori primo per creditorem primum pignoratitia actio contra creditorem secundum cessa sit; eo quod alioquin inter primum debitorem & secundum creditorem nullus contractus intercessit: sed magis primo debitori contra primum creditorem pignoratitia danda foret; vel etiam ad exhibendum actio, ad id, ut is rem a pignoris vinculo liberatam restituat, arg. *l. petenti* 27. *in fine, l. si, cum venderet* 13. *ff. h. t.* contra secundum autem rei vindicatio, vel Publiciana, aliave similis, quæ secundum jus commune contra tertios possessores competere solet ex jure in re, arg. *d. l.* 13. *ff. h. t.* Eoque Papinianum respicere puto, cum in *l. debitor* 40. *§. ult. ff. h. t.* scripsit, si medio tempore pignus creditor pignori dederit, domi-

no solvente pecuniam, quam debuit, *secundi pignoris retentionem non relinqui*, isti scilicet secundo creditori, qui jus omne suum ex primi creditoris jam dimissi jure metiri debebat, ac propterea post resolutum jus primi creditoris tanquam iniquus rei pignoratæ possessor, rei vindicatione per dominum rei pignoratæ conventus, nullo ulterius se potest retentionis jure tueri. Si plures simul eodem pro debito pignus susceperint, exemplo commodati contra singulos in solidum actio videtur danda; cum & hic duo quodammodo rei intelligantur, nisi aliud actum sit, arg. *l. si, ut certo* 5. §. *ult. in fine ff. commodati*, junct. *l. rem mibi* 21. §. 1. *ff. eod. t.* Nec contradicit Paulus *l. alienares* 20. §. 1. *ff. b. t.* cum tantum de jure pignoris & plurium creditorum ad illud concursu, non hac pignoratitia, tractet, eoque sensu asserat, æqualem omnium, quibus res simul pignori data est, causam esse. Contra plures creditoris unius heredes actio non nisi pro rata parte datur, qua quisque heres est; nisi unus solus restituendæ rei facultatem habeat; vel non ex defuncti sed proprio facto conveniatur, arg. *l. sed mibi* 3. §. *beres* 3. *l. in commodato* 17. §. *si ex facto* 2. *ff. commodati* Addit *t. commodati num.* 3.

4. Competit hæc actio ad id, ut creditor restituat pignus, una cum fructibus, etsi prædo agat, *l. si pignore* 22. §. *si prædo* 2. *ff. b. t.* (nisi pactum antichresios sit interpositum, de quo plenius *t. de pignor. & bypotb.*) nec non accessionibus rei pignoratæ, qualis est alluvio, ususfructus qui accrevit, partus ancillæ pignori obligatæ, & similia, arg. *l. si convenerit* 18. §. *si nuda* 1. *ff. b. t. l.* 1. *& tot. t. C. de partu pignoris & omni causa*, *l. grege* 13. *l. Paulus* 29. §. 1. *ff. de pign. & byp.* denique omni eo, quod pignoris occasione ad creditorem pervenit. Unde, si in fundo pignorato thesaurum non data opera invenerit, dimidiæ quidem partis dominium sibi, non qua creditori, sed qua inventori, jure occupationis servat; alteram vero partem, quasi quandam prædii accessionem, reddere compellitur, *l. si is, qui in* 63. §. *ult. ff. de acquir. rer. domin.* Et si pignoris intuitu furtum vel metum passus, actione quod metus causa vel furti duplum aut quadruplum, aliamve pœnam similem, consecutus sit, hoc totum deducto solo debito, debitori restituit; si modo ab extraneo furtum metumve passus sit: nam si ab ipso debitore, pœnam lucratur, ne ei suum maleficium alioquin impunitum sit, *l. si pignore* 22. *pr. &* §. 1. *ff. b. t.* *l. creditoris* 15. *pr. l. si debitor* 79. *ff. de furtis*, *l. si inter* 21. §. *ult. ff. de pignor. & bypotb. l. id, quod* 74. *ff. de solution.* Quod si creditor pignus jam distraxerit, etiam in id hæc actio comparata est, ut si vendendo fraudem fecerit, id quod interest debitori præstetur, *l. creditor* 4. *C. de distract. pignor.* ac restituatur, quod supra debiti quantitatem ex pignore redactum, una cum usuris, si superfluum creditor fœnori collocaverit, aut in suos usus converterit, aut moram fecerit in restituendo, *l. quamvis* 6. §. *si creditor* 1. *l.* 7. *l. eleganter* 24. §. *si vendiderit* 2. *l. pen. ff. b. t.* Nec liberatur suas, quas adversus pignoris emtorem habet, actiones cedendo debitori, aut emtorem ei delegando; cum in venditione, quæ fit ex facto, (vel pacto ut Cujacius) suum creditor negotium gerat, *l. pen. ff. b. t.* ut tamen debitor petere possit, sibi eas a creditore cedi; sed ipsius creditoris periculo exercendas, *l. eleganter* 24. §. *si vendiderit* 2. *ff. b. t.* nisi nulla creditori culpa possit imputari, quod ab emtore pignoris servari pretium non potuerit; quippe quo casu non creditoris vendentis, sed debitoris id damnum foret, *l. quasitum* 9. *ff. de distract. pignor.* Plane, si ex superfluo creditor rem comparaverit, ea in pretii locum non subintrat, nec eius, sed solius pecuniæ, persecutio debitori datur, ubi aliud actum non est, *l. ult. C. de distract. pignor.*

5. De cetero non dolum tantum & latam culpam circa rem pignori acceptam, sed & levem, per creditorem oportet præstari; quia utriusque utilitas, tam debitoris, quam creditoris, plerumque hic vertitur, *l. contractus quidam* 23. *ff. de reg. juris l. si ut certo* 5. §. *nunc videndum* 2. *ff. commodati*, §. *ult. Instit. quib. mod. re contrab. oblig.* sive omissionis culpa sit; dum sorte servitutes prædii pignorati per non usum & negligentiam creditoris extinctæ sunt, *l. creditor cum pignus* 15. *ff. b. t.* sive commissionis; dum in prædio pignorato arbores excidit, domos dejecit, servos pignoratos sævitia debilitavit, corrupit, ad peccandum coegit, *l. creditor.* 7. *C. b. t. l. eleganter* 24. §. *ult. ff. b. t.* De casu fortuito non tenetur, nisi id actum appareat expresse vel tacite, quo pertinet conventio, ut interitus pignoris liberet debitorem, *l. si creditor* 5. *l.* 6. *C. b. t. d.* §. *ult. instit. quib. mod. re contrab. obligat.* Uti nec de culpa levissima; nisi solius creditoris gratia pignus datum sit, atque ita pignus simile sit commodato; quod puto velle Ulpianum in *l. si, cum venderet* 13. §. 1. *ff. b. t.* cum scripsit; *venit autem in hac actione & dolus & culpa, ut in commodato: venit & custodia*, supple, ut in commodato, *vis major non venit*. Et ad talem casum, quo solius creditoris utilitas in pignore erat, restringendum quoque existimo rescriptum Diocletiani & Maximiani, quod est in *l. sicut vim* 19. *C. de pig. & byp.* plenis prope verbis ipsum Ulpiani responsum comprehendens: ajunt enim; *sicut vim majorem pignorum præstare creditor non babet necesse; ita dolum & culpam, sed & custodiam, exhibere cogitur*. Scilicet id unum Ulpiano propositum videtur fuisse, ut doceret, in pignore circa culpæ præstationem nihil singulare inveniri, uti quidem in mandato, negotiis gestis, tutelæ administratione, similibusque repetitur, sed communem oportere servari juris regulam in *l. si, ut certo* 5. §. *nunc videndum* 2. *ff. commodati* propositam, quæ vult, vel latam, vel levem vel etiam levissimam debere culpam præstari, pro ut vel dantis solius, vel solius accipientis, vel utriusque commodum in contrahendo appareret. Quamvis ergo verum sit, in commodato frequentius, in pignore rarius, solius accipientis utilitatem verti; tamen id Ulpianus voluit pignori cum commodato commune esse, ut, deprehensa utriusque contrahentis utilitate in commodato ac pignore, non nisi levis utrobique culpa veniret præstanda; at quoties solius accipientis gratia pignus ac commodatum contractum constitisset, etiam datum levissima culpa damnum utroque in negotio reparandum esset. Quæ eo probabiliora sunt, quo & a Gajo hæc inter commodatum ac pignus comparatio proposita invenitur circa levis culpæ præstationem, cum commodatum utriusque gratia contractum esset; etsi nulli incertum

esset, quin pignus frequentius, commodatum rarius, utriusque contrahentis contineret utilitatem; *l. in rebus* 18. *in pr. vers. at si utriusque ff. commodati*, Cujacius *lib.* 19. *observ.* 24. Solius autem creditoris utilitas tunc vertitur, cum non debitor, sed tertius pro debitore, pignus dat: quamvis enim debitoris quoque intersit, pignus dari, dum sine eo forte fidem haud inveniret; tamen, si contractum pignoris spectes, quod jam non inter creditorem & debitorem, sed inter creditorem & tertium pignus dantem intercedit, solius creditoris gratia, non item tertii pignus dantis, & inde pignoratitia experiuntis, pignus celebratum apparet. Porro, etsi culpæ probatio incumbat debitori, de læsione, per culpam creditoris rei pignoratæ illata, agenti, tamquam actori & affirmanti, arg. *l. qui accusare* 4. *C. de edendo l. quotiens* 18. §. 1. *ff. de probat.* tamen si creditor rem pignoratam casu amissam aut peremtam dicat, leges ei imposuerunt amissionis per manifestas rationes probandæ necessitatem, *l. si creditor* 5. *C. h. t.* arg. *l. si quis domum* 9. §. *Imperator* 4. *ff. locati.* Vide Berlichium *conclus. pract. part.* 1. *concl.* 37. *num.* 18. 19. 20. Hugonem Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 8. *num.* 9. 10. & alios a Groenewegio ibidem in notis allegatos, Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 10. *num.* 11. Adde *tit. ad leg. Aquil. n.* 20.

6. Non aliter tamen huic actioni directæ locus est, quam si integrum debitum creditori, aut ex ejus voluntate alteri, solutum sit: vel per eum steterit, quo minus solveretur; aut aliter ei satisfactum fuerit; non, si pro parte tantum, *l. si rem alienam* 9. §. *omnis* 3. *l. solutum* 11. §. *si quasi* 2. & §. *solutam* 5. *ff. h. t. l. aliena res* 20. §. *si per* 2. *ff. h. t.* licet debitum personale inter plures debitoris vel creditoris heredes ipso jure divisum fuisset, & unus eorum suam solvisset aut accepisset debiti partem; in quantum reliquis creditoris heredibus, quibus necdum solutum est, totius pignoris retinendi ac distrahendi potestas superest, oblato debitori eo, quod is coheredi eorum solvit, & vice versa; quia individua pignoris causa est, *l.* 1. 2. *C. si unus ex pluribus heredibus debitoris vel cred. part. suam solv. vel accep. l.* 1. 2. *C. de luit. pign. l. solutum* 11. §. *si creditori* 4. *ff. h. t. l. rem hereditariam* 65. *ff. de evictione.* Quod si sors jam soluta sit, non item usuræ, si quidem in solam sortem pignus obligatum fuerit, ea soluta, pignoratitiæ locus est, nec pro usuris retineri pignus potest, *l. solutum* 11. §. *si in sortem* 3. *ff. h. t.* Etenim pro debita quidem sorte chirographaria pignoris in aliam causam obligati retentio est, *l. unic. C. etiam pro chirographario debito pignus retin. posse*, pro usuris chirographariis non æque, *l. per retentionem* 4. *C. de usuris*, quod non est correctum per d. l. unic. quippe quæ novum jus continens, strictam recipit interpretationem, nec stare prohibendum est, quod non invenitur expresse per eam correctum. Sin & in usuras pignus obligatum sit, retentio ejus permissa est, donec & usurarum solutio impleta fuerit, sive in stipulatum deductæ sint, sive pacto nudo promissæ: cum enim hæ saltem naturaliter deberi cœperint, & ita solutæ retineri potuerint, consequens fuit, ut & pignoris pro his obligati, ac penes creditorem existentis, retinendi jus esset, *d. l. solutum* 11. §. *sin in sortem* 3. *ff. h. t. l. per retentionem* 4. *C. de usuris*, Cujacius *lib.* 5. *observ.* 28. Quibus vero modis satisfiat creditori, ut pignoris vinculum evanescat, & pignoratitia nascatur, intelligi potest ex enarratione modorum, quibus pignus vel hypotheca dissolvi solet, quos vide *tit. quib. mod. pignus vel hypoth. solv.*

7. Juri autem huic solvendi debiti ad pignus recuperandum, atque adeo luendi pignoris, præscribi nequit: etsi contrarium placuerit Bachovio, Negusantio & aliis a Vinnio allegatis, atque ipsi etiam Vinnio *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 6. ea præcipue ratione, quod omni actioni personali, omnique juri, atque ideo etiam juri luendi pignoris & actioni pignoratitiæ, annis triginta vel quadraginta præscribatur, utcunque nec justus titulus nec bona fides præscribentis concurrat, *l. sicut in rem.* 3. *l.* 4. *Cod. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor. l.* 1. §. 1. *Cod. de annali except.* Quæ tamen tanti non est, ut quem jure moveat; cum tantum locum habeat illa de jurium & actionum præscriptione definitio, quoties termini habiles præscriptionis inveniuntur, arg. *l. emti actio* 21. *C. de eviction.* quales in nostro casu non sunt. Quod ut manifestius appareat, in antecessum necesse est, ut intelligamus, quid sit pignus luere, quid pignoris luitio, quid jus luendi pignoris & jus luendi: præsertim, cum deprehendam, jus luendi pignoris & jus pignoratitiæ actionis instituendæ confundi, ac pro iisdem accipi; dum interim ista duo a se invicem longe diversa sunt. *Luere pignus* est rem pignori vel hypothecæ obligatam liberare a vinculo illo, sive solvendo naturaliter debitum illud, pro quo res obligata est, sive alio modo satisfaciendo creditori, ut res libera penes dominum esse queat, aut in alium sine onere transferri atque transire, §. *sed & si rem.* 5. *Instit. de legatis*, *l. prædia* 6. *C. de fideicommissis*, quo modo & filius patrem, pater filium, imo quisque se ipsum, cum ab hostibus redemtus esset, & quasi jure pignoris teneretur, luit suo redemtore, *l. si patre* 15. *ff. de captiv. & post lim. l. qui status* 8. *ff. de re milit.* Qualem pignoris luitionem & illi faciunt debitores, qui rem devinctam possident, nec ulla repetitione indigent aut pignoratitia actione, dum forte hypothecæ tantum rem obligarunt, possessione in creditorem non translata. Quin & illi, qui debitores non sunt; in quantum solutione debiti jus pignoris evanescere certum est, *l. in omnibus* 43. *ff. de solut. pr. Inst. quib. mod. tollitur oblig.* solutio autem, atque adeo luitio quoque pignoris, non modo per debitorem, sed & per alium, eo jubente vel ignorante, vel invito, fieri potest: qui tamen solventes, ac pignus luentes, non ideo pignoratitiam actionem habent, aut movere possunt, ex contractu quippe natam, qui per extraneos pro debitore solventes celebratus non est. Unde & sponte sequitur, ipsum illud pignoris luendi jus ex contractu non esse, sed magis natura cuivis patere, etiamsi luens nullo ex contractu obligatus sit. Ne dicam, pignus etiam legale lui, quod non ab homine ex conventione, sed a lege, constitutum est. Adeoque, uti per viam publicam ire cuivis permissum est, ita & debiti solutione pignus luere cuivis licet, qui modo debitoris negotia gerere vult, ut quisque potest. Quibus præmissis, ajo, juri luendi pignoris nullo unquam tempore præscribi posse; licet actioni pignoratitiæ præscribi possit annis triginta, compu-

tandis ex eo tempore, quo totum debitum solutum, vel aliter creditori satisfactum fuit, & ita nata facultas re ipsa instituendi pignoratitiam pro pignoris repetitione actionem. Cujus opinionis illud quidem fundamentum debilius est, quod ab aliis adductum video, ac a Vinnio propterea recte confutatum, nullo scilicet modo natam videri actionem pignoratitiam, antequam totum debitum exsolutum fuerit, aut eo nomine satisfactum; agere autem non valenti non currere præscriptionem. Quod enim attinet regulam, agere non valenti non currere præscriptionem; procedit demum ea, si jus agere vetet, non item, si ab arbitrio ejus, qui acturus est, dependeat ea facere, quibus præstitis actionis exercitio destitutus non est. Nec satis apte defendi potest, actionem pignoratitiam debito demum soluto nasci; cum potius ipsius pignoris constituti tempore jam nata fuerit in actu primo, ut loquuntur, suspensa tantum respectu actus secundi, seu ipsius institutionis in judicio faciendæ, quæ præcedentem requirit debiti solutionem: eo modo, quo id etiam in emtione venditione sit; quippe ex qua emtor actione ex emto non aliter experiri potest, quam si prius ipse ex suo latere contractum impleverit, pretio numerato, reliquisque præstitis quæ ex contractus natura pactisve adjectis præstanda sunt, *l. Julianus* 13. *ff. offerri* 8. *l. qui pendentem* 25. *ff. de act. em.*, arg. *l. ædiles etiam* 25. *§. ult. ff. de ædilit. edict.* licet actio utrimque jam tum eo tempore, quo mutuo consensu perficiebatur venditio, nata esset, arg. *tit. Instit. de oblig. ex consensu pr. Instit. de emt. venditione.* Magis pro asserenda sententiæ nostræ veritate stringit, quod præscriptionem non patiantur ea, quæ rebus meræ facultatis accensentur, quatenus, & in quantum, res meræ facultatis sunt, *l. viam publicam* 2. *ff. de via publica & itinere publ.* In vanum autem laboratur, ut doceatur, rem meræ facultatis non esse hanc pignoris luitionem. Possum, inquit Vinnius d. loco, uti cœnaculo meo, & licet longissimo tempore non sim usus, jure meo non excludor, nec tamen ideo illud jus meum est res meræ facultatis: nam si alter re mea usus fuerit, & ego uti prohibitus, procedet usucapio. Jure libertatis licet cuique tam alte, quam vult, nullo statuto intercedente, in suo ædificare; & quamvis aliquis per triginta annos non ædificaverit, non ideo jus altius tollendi amittit; nec tamen est res meræ facultatis: nam si te altius ædificantem vicinus prohibuerit, & ex eo tempore altius ædificatum non habueris per spatium præscriptioni statutum, procedet contra te præscriptio servitutis. At horum exemplo, inquam & ego, potest debitor solutionem offerre creditori quandocunque, etiam post longissimi temporis spatium, ex quo primitus pignus est constitutum, ita ut res pro debito devincta, liberetur ab eo pignoris nexu: quod hactenus duravit pro tali obligatione principali, quæ medio tempore per debitorem solutione usurarum aut aliter agnita, præscripta non est. Sed si debitor creditori debitum obtulerit, ut pignus luat, isque accepto oblato rem pignoratam non restituat, dum vel non pignoratam sibi, sed suam esse, bona malave fide obtendit, vel ad reddendum non interpellatus, eam jam liberatam penes se retinet, perdet inde per annorum triginta præscriptionem jus omne repetendi pignoratitia actione rem, quam olim pignoris nexu devinctam, jam inde a soluto debito totis triginta annis liberatam creditor velut suam possedit, vel saltem animo sibi habendi. Sed nec alio respectu id ipsum, quod in *d. l.* 2. *de via publ. & itinere pub.* dicitur, *populum viam publicam non utendo amittere non posse*, res meræ facultatis est, quam si nullus postea actus interveniat, factum nullum, quo usus impediatur: nam si quis via publica velut re propria, usus fuerit, in eaque ædificaverit, severit, plantaverit, foderit, sepimenta posuerit, aut alia quacunque ratione impedimento fuerit, ne populus illac transiret, & ex eo tempore annorum quadraginta spatium effluxerit, populo non contradicente, neque usum viæ vindicante, nemo dubitabit, ut opinor, quin & tunc viæ istius publicæ usum populus præscriptione amiserit, dum nullum jus privatum vel publicum ex quacunque causa vel quacunque persona, quod quadraginta annorum extinctum est jugi silentio, moveri deinceps potest, *l. omnes* 4. *in med. C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* Cui consequens est, ut dicamus, non minus rem meræ facultatis esse, altius in suo ædificare, re sua uti, pignus luere, quam viæ publicæ usum a populo exerceri; eodemque modo in istis præcedentibus, ac in viæ publicæ usu, admissam fuisse aut denegatam secundum jam dicta præscriptionem. Et sane, ni ita statuamus, sed cum Vinnio aliisque jure luendi pignoris adhuc præscribi posse existimemus; edoceri velim, quid utilitatis jurisve creditor ex ista præscriptione consecuturus sit; cum præscriptio nulla sit, ex qua non commodum aliquod præscribenti accedat. Sive illud in liberatione a debito, sive in acquisitione rei alienæ consistat. Liberationem certe a debito creditori non nasci, intelliget facile, quisquis considerat, ipsum præscribentem non debitorem, sed creditorem esse, cui debetur, cuique solvendum, ut pignoratitia adversus eum actio detur. Si a pignoratitia actione creditorem ita liberari dicas; aut id erit, quia a vinculo pignoris res simpliciter liberata est; aut quia insuper dominium directum vel utile rei pignoratæ in creditorem translatum fuit. Si ideo tantum, quia jus pignoris evanuit, obfuit sibi magis sua præscriptione, quam profuit creditor, extincto jure illo, ex quo solo retentio rei obligatæ ei competebat; quo fit, ut iniquus in posterum sine ullo possidendi aut detinendi titulo vel colore detentor existens, actionibus ex jure dominii profluentibus efficaciter conveniri posset per debitorem, cui hactenus ista præscriptione suo non excidit dominii jure. Sin post triginta vel quadraginta annos a pignore primitus obligato elapsos rem pignoratam jure dominii creditori acquiri, & apud eum deinceps in perpetuum mansuram contendas; non jam juris, sed corporis præscriptio & acquisitio erit; atque tunc explicandum fuerit, qua ratione corporis illius præscriptio perfici potuerit ab eo, qui neque bonæ neque malæ fidei possessor est. Eo enim, quod ad temporis longissimi præscriptionem nec justus titulus desideretur, nec bona fides, continuatam tamen possessionem præscriptioni corporalium adesse oportere, nullus, ut opinor, ibit inficias. At quæ, quæso, creditoris circa pignus possessio est? qui, quantum ad usucapionem aut præscriptionem attinet, nudus rei pignoratæ detentor, non possessor, intelligitur, *l. officium* 9. *ff. de rei vindic.* alienæ possessioni pro usucapione vel

præscriptione implenda ministerium præbens, utpote in quem quidem possessio transire dicitur, quatenus ea naturalis est, *l. cum & sortis* 35. §. 1. *l. si pignus mihi* 37. *ff. h. t. l. res pignoris* 37. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* neutiquam vero ad effectum usucapionis aut præscriptionis, cujus intuitu ipse debitor dicitur possidere, *l. servi nomine* 16. *l. non solum* 33. §. *qui pignori* 4. *ff. de usurp. & usucap. l.* 1. §. *per servum* 15. *l. qui pignoris causa* 36. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* Eos sane solos præscriptione dominium sibi sine justo initio posse acquirere, qui sibi potius, quam alteri possederunt, eleganter declaratum *l.* 2. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* ubi emphatice Imperatores, *male agitur cum dominis prædiorum, si tanta precario possidentibus prærogativa defertur, ut eos post quadraginta annorum spatia, qualibet ratione decursa, inquietare non liceret: cum lex Constantiniana jubeat, ab his possessoribus initium non requiri, qui sibi potius, quam alteri, possederunt. Eos autem possessores non convenit appellari, qui ita tenent, ut ob hoc ipsum solitam debeant præstare mercedem. Nemo igitur, qui ad possessionem conductor accedit, diu alienas res tenendo jus sibi proprietatis usurpet; ne cogantur domini aut amittere quæ locaverunt, aut conductores utiles sibi fortassis excludere, aut annis omnibus super dominio suo publice protestari.* Quibus non absimilia proponuntur de emphyteutis in *l. cum notissimi* 7. §. *ult. C. eod. tit. de præscr.* 30. *vel* 40. *ann.* Quæ autem ratio militat in conductoribus & emphyteutis, qui ultra annos quadraginta prædia conducta tenuerunt, in creditore quoque pignus tam diu tenente locum invenit; nam & cum debitore male ageretur, si tanta creditoribus deferretur prærogativa, ut eos post annorum quadraginta decursum inquietare pro restitutione non posset, oblato eo quod debet; atque ita cogeretur aut creditorem commodum forte sibi, minusque gravem, pignoris recipiendi causa maturius dimittere, aliumque novum ac repertu sæpe difficilem quærere creditorem; aut annis omnibus super dominio suo publice protestari, ne eo cadat. Gratis interim ab adversariis ponitur, precarii repetitionem non ultra annos triginta durare; cum e contrario magis sit, ut tam diu non currat præscriptio, quamdiu eo est animo qui precario accepit, ut precario tenere velit, *arg. d. l.* 2. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *ann. in pr.* ac demum incipiat, ex quo ille non amplius precario, sed sibi suo nomine, utut mala fide, possidere constituit, perficienda per eum, non jam amplius precarii jure tenentem, sed mala fide possidentem. Quod & in pignore obtinere, jam supra monitum. Tuentur hanc sententiam, etiam praxi firmatam, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 18. Bronchorst *enant. cent.* 4. *assert.* 4. Mynsingerus *cent.* 1. *observ.* 16. *in fine*, Wissenbach *ad Pand. vol.* 1. *disp.* 40. *n.* 32. Adde elegantem Rogerii dialogum inter ipsum & jurisprudentiam de hac quæstione in *tractatu tractat. tom.* 17. *fol.* 49. *verso.*

8. Ceterum quandoque etiam hæc pignoratitia directa debitori datur, antequam solutum creditori vel satisfactum fuerit; puta si quis quasi daturus pecuniam pignus acceperit, nec postea numeraverit, *l. solutum* 11. §. *si quasi* 2. *ff. h. t. l.* 1. 2. *Cod. si pignoris conventionem numeratio pecun. secuta non sit.* Uti &, si creditor pignore abutatur, vel impediat, quo minus debitor in re pignorata utatur jure suo, aut non exhibeat debitori, cum manifesta subesset æquitas exhibitionis. Quibus in casibus non tam ad pignoris restitutionem, quam potius ad id, quod, interest debitoris, actio comparata est, *l. ult. pr. ff. h. t.* sorte & ad cautionem interponendam de re incorrupta restituenda, *arg. l. creditor* 15. *ff. h. t.* Hugo Grotius *manud. ad jurisp. Holl. lib.* 3. *cap.* 8. *n.* 15.

9. Non tamen hac actione compelli creditor potest, ut pignus vendat, licet multo minus sit quod debeatur, quam ex pignore redigi potest, & hodie pluris venire possit pignus, quam postea, sed potius is, qui pignus dedit, vendere illud potest, ut accepta pecunia solvat, quod debet; impositurus etiam creditori necessitatem ostendendi emturis rem pignoratam, si mobilis sit, & idoneam ipse creditori de indemnitate cautionem præstet, *l. quamvis* 6. *ff. h. t.* Sane ut rem per debitorem venditam creditor patiatur emptori tradi, debito necdum accepto, sed cautione ei per emtorem data de parte pretii usque ad summam debiti ipsi solvenda, officii magis & humanitatis, quam necessitatis est, *arg. l. sicut* 8. §. *tutius* 10. *quib. mod. pign. vel hyp. solvitur.*

10. Contraria pignoratitia actio creditori datur ad repetendas impensas necessarias; pro quibus etiam, debito principali jam soluto, retentio pignoris permissa est; cum impensæ tales sortem augeant, & in summa debiti computandæ sint, *l. si necessarias* 8. *pr. ff. h. t. l. in summa* 6. *C. de pign. & hypoth.* Necessariis autem impensis & illa adnumeranda videtur, si creditor vendens pignus, cum aliter non posset, evictionis nomine duplum repromiserit, ac evictione secuta, duplum solvere compulsus fuerit, *l. si pignore* 22. §. *ult. ff. h. t.* Utilium quoque sumtuum per hanc actionem repetitio fit, si modo debitori non nimis graves sint, *sicut enim negligere creditorem, dolus & culpa, quam præstat, non patiatur; ita nec talem efficere rem pignoratam, ut gravis sit debitori ad recuperandum.* Ac proinde *media hac dispicienda erunt a judice, ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur, l. si servos pignoratos* 25. *ff. h. t.* junct. *l. in fundo alieno* 38. *ff. de rei vindic.* Damna quod attinet, quæ creditor ex rei pignoratæ vitio passus est, hoc etiam judicio recuperantur: ut tamen liberum sit debitori, qui vitium ignoravit, rem pignoratam apud creditorem pro noxa relinquere, *l. si servus pignori* 31. *ff. h. t.* Sed & id quod interest hac actione continetur, quoties æs pro auro, vel res aliena, aut alteri jam ante obligata, pignori data est creditori ignoranti; quibus in casibus & stellionatus crimen est, *l.* 1. §. *ult. l. tutor* 16. §. 1. *ff. h. t. l. si in pignore* 54. *ff. de fidejussor.* vel si creditor quasi recepturus a debitore continuo pecuniam, reddiderit ei pignus, isque per fenestram id miserit, excepturo eo, quem de industria ad id posuerat, nec solutio secuta sit, *l. si quasi* 3. *ff. h. t.* vel, cum aurum offensum esset, velut pignori futurum, aut vere etiam datum, æs deinde subjectum fuerit, *l.* 1. §. 1. *l. quis in pignore* 36. *ff. h. t.* Quod si debitor a creditore pignus precario rogaverit, vel conduxerit, nec restituat possessionem, placuit contrario eum ob id etiam judicio teneri, *l. si pignore* 22. §. *si post* 3. *ff. h. t.*

11. Licet autem Actio pignoratitia directa & con-

traria proprie ex contractu pignoris, rei traditione perfecto, nascatur; tamen & in hypothecis eam locum invenire dicendum est, postquam creditor actione hypothecaria possessionem nactus est; quia tunc res in causam pignoris in specie videtur transivisse. Qua ratione locatorem ædium propter corruptionem culpa ejus in invectis illatisque præclusis pro pensione datam, pignoratitia teneri, colligere licet ex *l. inquilino* 33. *l.* 34. *ff. de damno infecto.*

LIBER QUARTUSDECIMUS.

TITULUS I.

De exercitoria actione.

SUMMARIA.

1. *Quid sit magister & promagister? unus ex exercitoribus potest magister esse: quod & expedit.*
2. *Quid sit exercitor; quid navem per aversionem conducere? qui possint vel non possint navem exercere?*
3. *Magister contrahendo obligat exercitorem. An & quando moribus nostris possit mutuum accipere, navim obligare, armenta vendere, quin & merces vectas? An ex consensu majoris partis exercitorum navigare, invita parte minore?*
4. *Quid sit exercitoria actio, quibus detur? an & illis, qui cum nautis contraxerunt?*
5. *Datur contra exercitorem: si plures, contra singulos in solidum jure civili; at moribus non ultra partem, ex qua exercitores sunt; qui & in totum liberari possunt, si suam portionem pro derelicto habeant.*
6. *Ut actioni huic locus sit, debet magister contraxisse ejus rei gratia, cui præpositus est: & quid si plures ejusdem navis magistri sint? necesse etiam, ut res eo in loco comparari possit, in quo creditur; ac navis tali ac tanto sumtu indigeat. Nocet exercitori, si magister recte credita inutiliter absumpserit. Quid moribus nostris in hisce obtineat?*
7. *An exercitores teneantur ex delictis magistrorum? quid si magister piraticam exercuerit? quid si præfecti navales, qui prædam in hostes agere debuerant, sociis & fœderatis noceant, an eo nomine Respublica teneatur?*
8. *Datur etiam contra exercitorem actio mandati; potest & ipse magister, homo liber & ex suo contractu conveniri. Exercitor non agit ex contractu magistri, nisi in subsidium. Quæ sit pœna magistri fallentis in rationibus nauli accepti & expensarum?*

1. IN navibus exercendis is, cui quotidiana totius navis cura demandata est, seu qui navigio præpositus est, magister appellatur; sive homo liber sive servus sit, sive paterfamilias sive filiusfamilias, sive pubes sive impubes; cum sibi imputare debeat qui præposuit, si quid neglectum aut minus recte curatum sit, *l.* 1. *§.* 1. & *§. cujus autem* 4. *ff. b. t.* Sed & magistrum accipere debemus in exercitoria actione eum, quem magister suo loco substituit vicarium, promagistrum vel submagistrum vulgo appellatum, sive voluntate primi præponentis, sive contra prohibitionem ejus a magistro surrogatus sit, ita suadente navigantium utilitate, *l.* 1. *§. magistrum* 5. *ff. b. t.* Nec refert utrum magister extraneus sit, an ex parte dominus navis; cum nihil vetet, vel unum ex exercitoribus præfici, *l. si tamen* 4. *§. sed si plures* 1. *ff. b. t.* Adeo ut hodie fere consultius tutiusque judicetur, magistrum navis simul cum aliis etiam pro parte exercitorem esse, quippe de quo præsumptio est, quod magis pro salute navis, & utilitate vigilaturus sit; sive navis dominium pro parte ad eum spectet, sive nulla ex parte navis dominus sit, sed pro rata proventuri ex navigatione quæstus mercedem sibi pactus; quo tamen casu posteriore non tam operas suas elocasse, quam potius societatis jure contulisse, ac lucri partem ferre, credendus est, arg. *l. si merces* 25. *§. vis major* 6. *in fine ff. locati.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 23. *in pr.* Jac. Coren *observ.* 40. *num.* 3. 4. 5.

2. Exercitor ex adverso est, qui magistrum navigio præposuit, & ad quem quotidianus navis quæstus pertinet; sive navis dominus sit, sive eam per aversionem conduxerit, vel ad tempus vel in perpetuum, *l.* 1. *§. exercitorem* 15. *ff. b. t. §. eadem ratione* 2. *Instit. quod cum eo, qui in alien. potestate;* id est, ita, una mercede conduxerit, ut omne quæstus quotidiani periculum in se averti voluerit, sive quæstus ille mercedem promissam superet, sive ea minor sit. Confer Ræverdum *varior. lib.* 2. *cap.* 7. Petrum Gregor. Tholos. *synt. jur. civil. libr.* 29. *cap.* 9. *num.* 6. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 9. & 27. *pag.* 230. Vinnium *ad Peckium de re nautica ad l.* 1. *§.* 15. *ff. b. t.* Quale navis exercitium etiam filiusfamilias, & servus ex peculio suo facere potuit, *l.* 1. *§. si is qui navem* 19. & *seqq. ff. hoc tit.* parvique refert, masculus sit an fœmina, pubes an impubes concurrente tutoris auctoritate, *l.* 1. *§. parvi* 16. *ff. b. t. l. verum si* 9. *ff. de institor. act.* Præsidi tamen, aut procuratori Cæsaris, navim ædificare, aut habere, atque adeo exercere, in ea provincia, in qua administrat, interdictum fuit, *l. aufertur* 46. *§. quod a præside* 2. *ff. de jure fisc.* atque ipsis etiam senatoribus ex lege Julia, *l. hi qui naves* 3. *ff. de vacat. & excus. numerum*, ibique Gothofred. *in notis*.

3. Quisquis autem magistrum navigio præficit, jussisse eo ipso censetur, ut cum eo ejus rei gratia, cui præpositus est, contrahatur, sic ut præponens reddatur obligatus, *§. ult. inst. quod cum eo, qui in alien. potestate*, *l.* 1. *§. sed si cum* 2. *ff. b. t.* Quod hodiernis moribus ulterius extensum, dum placuit, non personam tantum exercitoris ex contractu, navigationis intuitu celebrato, teneri, sed & magistrum posse in casu necessitatis ita mutuum accipere in

usus navigationis ut navem mutuanti obliget pignori, navigaturam deinceps periculo mutuanti, eoque nomine usuras graviores, velut periculi pretium, promittere (vulgo, *op Bodemerye*) quin &, deficiente mutui accipiendi occasione, funes & navis instrumenta minus necessaria (non tamen ipsam navem) distrahere, ut magis necessarium emat alium navigationis apparatum: denique, si illa quoque desint, merces ipsas navigio vectas pro parte divendere, ita ut domino mercium ad æstimationem earum teneatur, perinde ac si mercium illarum jactus in tempestate navis levandæ gratia factus fuisset, *Wisbuysche Zeerechten art.* 35. 41. 69. 70. *Placc. van Kon. Philippus* 1563. *t. van de Zee Rechten van den Schippers en Kooplieden art.* 12. *vol.* 1. *pl. Holland. pag.* 808. *in fin.* Hugo *Manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 5. *n.* 21. & *lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 47. & *cap.* 11. & *cap.* 20. *n.* 15. & *cap.* 23. *n.* 4. Ut tamen non aliter magistro hæc permissa censeri debeant, quam si peregrinis in locis versetur: præsentibus enim exercitoribus, nihil horum ei licet, nisi ex consensu partis majoris exercitorum; aut nisi id magistro tempore præpositionis mandatum sit, ut necessaria conquirat ac curet; vel quidam ex exercitoribus non subministrent necessarium navigationi sumtum, quippe quo casu, ne navigatio impedita maneat, magistro jus est mutuum accipiendi, & pignori obligandi deficientium exercitorum partes maxime cum placuerit, etiam magistrum posse iter ex consensu majoris partis exercitorum suscipere viri boni arbitratu, licet contradicente parte minore, *Wisbuische Zee Rechten art.* 65. *Placc. van Koning. Philippus anno* 1563. *d. t. van. Schippers en Koopluyden art.* 12. Grotius *lib.* 3. *cap.* 23. *n.* 3. & 4. Roseboom *Costuymen van Amsterdam cap.* 52.

4. Cum ergo secundum jam dicta tacitus præpositioni jussus inesset, ut cum magistro contrahatur, æquum etiam prætori visum fuit, exercitoriam inde actionem dare in id, quod magistri contractu comprehensum est: quæ est actio perpetua, personalis, competens iis, qui contraxerunt cum magistro vel vicario ejus, etiam contra præponentis prohibitionem substituto, & eorum heredibus, *l.* 1. *§. magistrum* 5. *l. si tamen* 4. *§. ult. ff. b. t.* licet is, qui cum magistro contraxit, sit unus ex pluribus navis ejusdem exercitoribus, *l. si eum* 5. *§. ult. ff. b. t.* vel magistrum in sua patria vel dominica habuerit potestate, eo quod non tam magistri, quam exercitoris, finem secutus est, *d. l. si eum* 5. *pr. ff. b. tit.* Non tamen ei datur, qui cum servi sui, navem exercentis, magistro contraxit; quippe cui sola directa in servi sui magistrum actio est, *d. l.* 5. *§.* 1. *ff. b. t.* Sed nec illis, qui cum nautis, id est, sociis nauticis, contraxerunt; eo quod nautam adhibens exercitor, contrahi cum eo, jussisse non intelligitur, *l.* 1. *§. sed si cum* 2. *ff. b. t.*

5. Datur adversus exercitorem, *l.* 1. *§. pen. ff. b. t.* qui si filiusfamilias sit, ipse quidem conveniri potest; sed nihilominus & in patrem actio datur in solidum, si consenserit; de peculio, si consensus desit, *d. l.* 1. *§.* 19. 20. 22. *ff. b. t.* Quod si plures exercitores sint, vel servus pluribus communis voluntate omnium navim exerceat, contra singulos in solidum actionem hanc dari, Romanis placuit, ita ut unius præstatione cæteri liberentur, & solvens recuperare judicio societatis queat ab iis pro rata, quod supra suam partem præstare compulsus fuit; idque, ne in plures adversarios distringeretur, cui cum uno contraxit, *l.* 1. *§. ult. l.* 2. *l.* 3. *l.* 4. *§.* 2. *ff. b. t.* Nisi singuli per se navem exerceant sine magistri ministerio: tunc enim, quia invicem sui magistri non sunt, pro portionibus exercitionis singuli conveniendi forent, *d. l.* 4. *pr. ff. b. t.* Quod postremum moribus nostris æquius visum etiam tunc, cum per magistrum plures navem exercuerunt; ut scilicet singuli non ultra eam partem, qua exercitores sunt, ex magistri contractu teneantur. Cui & illud insuper accessit, quod in universum liberari possint a debitis ex magistri contractu natis, si totam partem suam totumque jus, quod in navi ejusque apparatu habent, derelinquere, ac creditoribus cedere, parati sint, dum durum nimis creditum, ex alieno alium contractu factove teneri ultra id quod ejus fidei curæque permisit; atque insuper metuendum foret, ne ea ratione in præjudicium negotiationis maritimæ absterrerentur mortales a navibus exercendis, si quasi in infinitum possent obstringi ex contractu magistri, per emergentem tandem celatam diu morum improbitatem dissipaturi forte dolo malo pecunias, in usum navigationis non perperam creditas, Grotius *de jure bell. ac pac. libr.* 2. *cap.* 11. *num.* 13. & *manuduct. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 1. *num.* 38. 39. 45. 44. Jac Coren *observ.* 40. *num.* 26. 27. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 8. *in med.* Groenewegen *ad §.* 2. *Instit. quod cum eo, qui in alien. potestate.*

6. Non aliter tamen huic actioni exercitoriæ locus est, quam si magister contraxerit ejus rei gratia, cui fuit præpositus, veluti, ut sociis nauticis mercedes solvat, satisfaciat illis, qui crediderunt in navis refectionem, navim armet, instruat, socios exhibeat, alat, *l.* 1. *§. non autem* 7. 8. 9. 11. *ff. b. t.* Unde & si plures ejusdem navis magistri sint, inquirendum ultra foret, utrum divisis, an non divisis officiis præpositi essent; cum præpositio certam contrahentibus legem det: nam si divisis, dum alter locando, alter exigendo præest, non obligatur exercitor, nisi quatenus unusquisque eorum intra muneris demandati terminos contraxerit: sin conjunctim, ex singulorum contractu conveniri posset, nisi in pluribus simul præficiendis id actum sit, ne alter sine altero quicquam gerat, *l.* 1. *§. igitur* 12. 13. & 14. *ff. b. t.* Necesse insuper, ut res illa, in cujus emtionem mutuum magistro numeratum est, eo in loco comparari possit; ac denique navigatio tali ac tanto sumtu indigeat: nam si ad navim armandam quis crediderit, quæ jam satis armata erat, nihil ab exercitore recuperat: & si plus justo crediderit, id solum repetit, quod credi necesse fuit; nisi in pretiis rerum magister creditorem dolo decepisset, *l.* 1. *§. sed & si* 10. junct. *l. ult. pr.* & *§.* 1. *ff. b. t.* Quod si concurrentibus hisce requisitis, magistro navis recte creditum sit, is autem mox, voluntate mutata, in suos illud usus converterit, aut inutiliter absumserit, non creditoris sed exercitoris damnum erit; quippe cui imputandum, quod talem præposuerit, jusseritque ei credi: non enim oportebat, creditorem ad hoc adstringi, ut ipse reficiendæ navis curam suscipiat, & negotium domini gerat, sed sufficiebat, quod sciret, necessariam refectioni pecuniam esse, *l.* 1. *§.*

unde quærit 9. *l. ult. ff. h. t.* Quamvis ne hoc quidem nostris moribus usque adeo scitu ac probatu necessarium sit, ut actioni exercitoriæ locus fiat; sed id unum requiri videatur, ut quis sciens, magistrum illum esse, ei, qua tali, bona fide crediderit in usus navigationis, supina nulla ignorantia laborans, Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 42. 43. 44 tum, quia secundum ante dicta non jam in infinitum ex magistri facto obligantur exercitores, sed liberantur navis & apparatus navalis cessione: tum quia non adeo multis notum, ad quem modum, quot, quantis, qualibus, instrumentis & apparatu navis unaquæque opus habeat, atque ita navigatio impediretur, paucis tali cum crediti periculo in navis usum magistro credituris: tum denique, quia etiam Romanis placuit, exercitorem obligari, quando magister in pretiis rerum emtarum fefellit creditorem, *l.* 1. *§. sed & si* 10. *ff. h. t.* an autem falso rerum emtarum pretio dicto, an mendaci reparationis necessariæ obtentu, circumveniatur a magistro creditor, quid, quæso, refert? culpa certe majore penes exercitorem existente, quod tam malignum navigio suo præfecerit impostorem.

7. Hæc ita si magister contraxerit: quod si deliquerit, si quidem ipso officio, cui erat præpositus, dum forte data opera, vel culpa atque imprudentia manifesta, in navigium alienum impegit suum, aut merces sibi ad transvehendum datas surripuit, dolove corrupit, exercitores ex quasi delicto teneri constat, *§. ult. inst. de oblig. quæ quasi ex delicto,* ita tamen, ut hodie liberari possint navim totam noxæ dando, ut dictum *t. nautæ caup. stabul. ut recepta restituant num. ult.* Ex ceteris delictis a magistro extra officium perpetratis, non ultra in exercitores actio datur, quam quatenus inde locupletiores facti sunt, arg. *l. dolus* 3. junct. *l.* 4. *ff. quando ex facto tut. minor. agere vel conven. poss.* nisi vel mandassent ipsi talia maleficia, vel ope aut consilio ea juvissent, arg. *§. interdum* 11. *Instit. de oblig. quæ ex delicto, l. sæpe ita* 43. *§. ult. ff. de verbor. signific. l. consilii* 37. *ff. de reg. jur.* Quod ipsum etiam insigni firmatur responso Pauli in *l. cotem* 11. *§. dominus* 2. *ff. de publican. & vectigal. & commiss.* quod ita habet; *dominus navis, si illicite aliquid in nave vel ipse vel vectores imposuerint, navis quoque fisco vindicatur. Quod si absente domino id a magistro, vel gubernatore, aut proreta, nautave aliquo factum sit, ipsi quidem capite puniuntur commissis mercibus, navis autem domino restituitur,* nisi aliud ob publicam utilitatem statuto diserte cautum esset. Confer responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 336. (*rectius* 236.) *pag.* 681. *& seqq.* Hinc &, si magister navis piraticam exercuerit, eo nomine exercitores non teneri, judicatum fuit, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 1. *num.* 45. 46. ibique Groenewegen *in notis*, Wamesius *cent.* 2. *consil. civil.* 86. eo modo, quo non tenentur ad damni reparationem Principes aut Respublicæ, si cum indulsissent quibusdam mari prædam in hostes agere, illi piraticam in amicos aut confœderatos exercuerint; sed tantum ad id, ut, si capere delinquentes possint, de iis supplicium sumant: prout aliquando responsum a Juridica Facultate Leydensi, inter Responsa Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 1. Grotius *de jure bell. ac pac. lib.* 2. *cap.* 17. *numer.* 20. Quod & jure gentium justum esse, vel inde potest colligi, quod nonnunquam nominatim inter diversarum regionum Principes aut Proceres pactis publicis id actum fuit, ut centuriones, aliique, qui naves bellicas ad nocendum hostibus sumtu suo exercent, ac parant, cautionem ad certam usque quantitatem pecuniariam præstent, de non offendendis aut lædendis per piraticam, aut aliter, amicis aut fœderatis. Quæ sane cautio non multum proficeret, si ipso jure principes aut exercitores ex suorum magistrorum aut præfectorum navalium piratica devincti essent. Vide *Tractaat de Marine met Vrankryk* 27. *April.* 1662. *art.* 37. 38. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2915. item *Tractaat de Marine met Engelant* 1. *Decembr.* 1674. *art.* 10. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 355. in qua tamen posteriore inter Anglos et Belgas conventione id jure singulari adjectum, ipsam quoque navem pro damno dato obligatam fore.

8. Præter actionem exercitoriam insuper creditores exercitorem actione mandati contraria convenire possunt, ad recuperandum id quod magistro in usus navigii crediderunt, cum præponens creditum tale jussisse intelligatur, *§. ult. instit. quod cum eo qui in alien. potestate.* Possunt et cum ipso magistro experiri, si is homo liber sit, *l.* 1. *§. est autem* 17. *ff. h. t.* licet ex adverso exercitor convenire nequeat eum, qui cum magistro contraxit, nisi in subsidium et extra ordinem: dum forte nequit a magistro per actionem mandati, locati, aut similem, id consequi, quod sibi ex navis suæ exercitio debitum est, *d. l.* 1. *§. sed ex contrario* 18. *ff. h. t.* arg. *l.* 1. *l.* 2. *ff. de institor. act.* junct. *leg. & si* 4. *C. de institut. & exercit.* Sciendum enim, magistros, ad instar mandatariorum, obstrictos esse, ut exercitoribus, id desiderantibus, rationem reddant nauli accepti, et sumtuum vicissim factorum, et reliqua restituant; adeo ut, si quædam accepta dolo malo celaverint, mulctandi veniant ducentis florenis, exercitori applicandis, præter id, quod ejus interest, fraudem in rationibus non esse commissam, *Placcaat van Kon. Philippus ann.* 1563. *t. van den Schipper ende Koopliede n art.* 10. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 808. *Ordinantie van Keyser Carel op de Zee-Rechten* 19. *Julii* 1551. 45. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 793. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 23. *num. ult.*

TITULUS II.

Ad Legem Rhodiam de jactu.

SUMMARIA.

1. *Rhodienses multis fuerunt celebres. Explicatio* l. 9. ff. h. t.
2. *Quid fuerint cautum lege Rhodia de jactu? quæ æquitas hujus legis, quæ non jactum, sed mercium conservationem considerat? locus est legi & contributioni, sive consentientibus sive invitis mercium dominis jactus sit factus; sive alii in eodem periculo projecerint, nec ne; sive in mari sive in portu; serena vel turbida tempestate; si modo periculi amovendi causa?*
3. *Multa jactui similia habentur, quid sit* avaria, *quæ vulgo in* magnam *seu* grossam *&* communem *dividitur?*
4. *Quæ pertineant ad avariam magnam? ubi de*

mercibus aspersione aquæ corruptis, mercibus in scapham conjectis & ita pereuntibus, de armamentis navis dejectis aut amotis, de mercibus datis, ut navis a piratis redimeretur, vel pretio redemtionis promisso.

5. *Recensentur plura alia ad avariam magnam pertinentia; inter quæ, si navis vado hærens pereat, cum nautæ jactu facto potuisset navim salvam facere, sed maluit adbibitis scaphis merces educere, ut omnes salvæ essent; item si quis consulto navim in littus impegerit; & alia.*

6. *De variis impensis & damnis, quæ ad avariam magnam spectant; ubi & de damnis cum navigandi societas coita esset* (Admiraalschap) *reparandis vel non.*

7. *Qui sumtus pertineant ad avariam communem?*

8. *Impensa facta in scaphas onerarias,* (Lichters) *& tributum, quod appellatur* Last gelt, *pro qua parte gravent dominum navis & mercium?*

9. *Recensentur casus, quibus damnum gravat ipsos mercium dominos, cessante contributione; ubi de mercibus effluentibus aut aliter corruptis; damnis navi per violentiam tempestatis illatis; nave post jactum pereunte, dum merces in scapham conjectæ salvæ sunt, & quid juris, si merces jactæ, vel cum navi mersæ, per urinatores educta sint?*

10. *De damnis dolo vel culpa magistri datis per ipsum aut exercitores reparandis; ubi de non assumtis vadorum peritis* (Lootsen) *de navi plus justo onerata, aut mercibus male collocatis.*

11. *Qua via, & quibus actionibus, domini mercium salvatarum obtineant contributionem, & quamdiu hodie durent actiones ad eam impetrandam?*

12. *Qui debeant contributionem facere? an & dominus navis? An & illi, qui mutuum numerarunt sub pignore carinæ,* op Bodemerye? *An & domini mercium jactarum? & quid si jactæ, cum necdum medium itineris absolutum esset?*

13. *Nihil refert, quales res jactu servatæ sint, an magni an parvi ponderis? & quid in eo, quod socii nautici ex more sine naulo transvehunt? Quid juris, si merces jactæ, quæ non ab initio, sed post ementam itineris partem fuerant navi impositæ? Si ignaro navis totius conductore magister merces alias imposuerit, et hæ jactæ sint, an et tunc conductor ex suis salvatis contribuere debeat?*

14. *Non contribuendum ex esculentis et poculentis in dies proximos consumendis, nec hodie ex vestibus quotidianis, esculenta non fieri ipso jure communia in navi in casu necessitatis.*

15. *Non contribuendum ex salvatis, si postea casu perierint, antequam ad locum destinatum perlata essent, æstimanda sunt merces jactæ et salvæ, jactæ quanti emtæ, salvæ quanti vendi possunt; quo ipso omnimodam observari æqualitatem demonstratur.*

16. *Quo modo hodie salvæ et jactæ æstimentur?*

17. *Etenim pecuniæ jactæ vel salvatæ intuitu contributio locum habet, et æstimatur non ex valore imposito, sed secundum internam materiæ bonitatem; sarcinæ jactæ æstimantur, prout extrinsecus apparent, non item pretiosa, quæ clam iis inclusa, nisi magister mature sit monitus, vel nisi pretiosa illa non jacta, sed salvata probentur.*

18. *An ædibus dirutis ob ortum incendium, ne latius serpat, vicinia domino ædium id reparare debeat?*

19. *De aliis legis Rhodiæ capitibus, remissive.*

1. QUantam olim nominis celebritatem insula Rhodus rapiente in admirationem Colossi structura ac operum aliorum nobilitate, gymnasio Asiaticæ eloquentiæ ac mathematicarum artium studiis clarissimo, navalibus victoriis, aliisque, adepta fuerit, non est quod hic pluribus prosequamur. Id unum suffecerit adnotasse, usque adeo navigandi peritia atque solertia, & legum nauticarum æquitate gloriam sibi peperisse urbis hujus ac insulæ incolas (uti quondam etiam Veneti, teste Julio Cæsare lib. 3. de bello Gall.) ut & Antonini Imperatoris meruerint assensum ac comprobationem, *l. 9. ff. h. t.* Cujus legis nonæ ut sensus evidentior sit, & evitentur ex geographia petitæ difficultates, dum intelligi non satis apte potest, qua ratione Eudæmon, in Italia naufragium passus, a publicanis Cyclades insulas inhabitantibus direptus fuerit; in Eudæmonis quidem supplicatione non improbabiliter quandam tentatam puto emendationem, ut pro ἐν τῇ Ἰταλίᾳ reponatur ἐν τῇ τηλίᾳ, scilicet θαλάσσῃ, id est in mari Telio, quod circa Telum insulam est, vel ἐν τῇ Ἰκαρίᾳ, id est in Icario mari: sic enim facilius concipi poterit, per publicanos, Cyclades insulas inhabitantes, direptum fuisse Eudæmonem, in Icario Teliove mari, non adeo distantibus, naufragium perpessum. Ipsum autem Antonini rescriptum quod attinet, considerandum id, quod Latinis *jus*, Græcis νόμον esse, ac proinde uti jus & injuria varie accipitur, *l. pen. & ult. ff. de justit. & jure pr. Inst. de injuriis;* ita & vocabulo νόμος frequenter quidem *legem*, subinde & *consuetudinem*, quandoque etiam *jus* denotari, veluti cum dicitur νόμῳ πολέμου, jus belli, ut videri potest apud Stephanum in lexico Græco sub verbo νόμος: unde & in Institutionibus ἀνομία καὶ ἀδικία pro injustitia & iniquitate accepta fuit, *pr. Inst. de injuriis.* Quibus præmissis, si, demto puncto post vocabulum θαλάσσης, continuata serie legamus rescriptum Imperatoris, & vocabulum νόμος priore loco positum reddamus Latine per *jus*, nulla amplius hærebit ambiguitas, obscuri nihil. Scilicet ἐγὼ μὲν τοῦ κόσμου κύριος, ὁ δὲ νόμος τῆς θαλάσσης τῷ νόμῳ τῶν ῥοδίων κρινέσθω τῷ ναυτικῷ &c. id est; *ego quidem mundi dominus* (supple *sum*) *jus autem maris lege Rhodia nautica judicetur, quatenus nulla nostrarum legum adversatur.* Quasi diceret; ego quidem mundi dominus sum, sic ut negotiis nauticis meo possem arbitrio leges ponere ut summus legislator; cujus solius est & condere leges & interpretari. Sed, quia jam extat æquissima, & velut usu frequenti ad examen justitiæ revocata, lex Rhodia, eam comprobandam censeo, atque adeo constituo, ut jus maris circa quæstiones navales definiatur, decidatur, judicetur, secundum hanc ipsam Rhodiorum legem, quatenus nulla nostrarum legum adversatur. Quod autem Imperator se mundi dominum appellat, id de mundo seu orbe Romano accipi oportere, colligi potest ex *l. in orbe 17. ff. de statu homin.* in qua omnes, qui *in orbe Romano* sunt, ex

constitutione Imp. Antonini cives Romani dicuntur effecti. Quæ interpretatio eo magis admittenda erit, si consideres, Antoninum illum, cujus mentio est in *d. l.* 17. non fuisse Antoninum Caracallam, sed vel Antoninum Pium, vel Marcum Antoninum philosophum, ut demonstravi *t. de statu homin. n.* 2. hujus quoque rescripti præsentis auctorem alium esse non posse, quam vel Pium, vel Marcum Antoninum, neutiquam Caracallam, cum Volusius Mæcianus hujus meminerit rescripti secundum suprascriptionem *legis* 9. *ff. h. t.* quem ante tempora Caracallæ scripsisse ac floruisse certum est. Sic ut nec improbabile sit, eundem Antoninum sive Marcum, sive Pium, auctorem esse, tum constitutionis, qua omnes in orbe Romano cives Romani effecti sunt, tum hujus de naufragio & direptione rescripti; eique quasi in consuetudinem quandam abiisse, quod se mundi vel orbis Romani dominum jactaret, scriberet, profiteretur. Alias hujus legis explicationes & emendationes vide apud Vinnium ac Peckium de re nautica ad *d. l.* 9. *ff. h. t.* Jacobum Gothofredum, *libello peculiari ad d. l.* 9.

2. Præcipua inter leges Rhodias est ea, quæ de jactu & contributione agit; qua cautum, *ut si navis levandæ gratia jactus mercium factus sit, omnium contributione sarciatur* damnum, *quod pro omnibus datum est*, *l.* 1. *ff. h. t.* æquissimum enim est, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum, consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent, *l. si laborante* 2. *in fine pr. ff. h. t.* Unde apparet, non ex jactu sed ex subsecuta ad jactum conservatione aliarum mercium natam esse contributionis obligationem, quippe quibus non salvis, nulla de jactu actio esset: eoque conferendum, quod ab Ulpiano rescriptum est, eum, qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare projecit, nulla teneri actione: sed si sine causa id fecisset, in factum; si dolo, de dolo actione obstringi, *l. qui servandarum* 14. *ff. de præscript. verbis.* Etsi legem illam alii aliter explicent, & Vinnius velit, id tantum ibi definiri, quis ex jactu teneatur; scilicet, non eum, qui projecit, sed illum cujus intererat projici, dum merces suas salvas habet, licet ipse non projecerit, *ad Peckium de re naut. ad l.* 2. *pr. ff. h. t. lit. b.* Quæ tamen interpretatio minus convenit verbis *d. l.* dum ibi quæritur de eo, qui non simpliciter projecit, *sed suarum servandarum causa alienas projecit*. Nec refert, utrum consentientibus mercium dominis, an illis invitis, actus factus sit; modo sociorum nauticorum judicio periculum imminens jactum desideret, & quoad ejus fieri potest curetur, ut gravioris ponderis pretiique minoris merces projiciantur, *Wisbuysche Zee-Rechten art.* 20. 21. 39. *vel* 40. *Zee-Rechten van Kon. Philippus* 1563. 1. *van Schiprekinge en Zeevverpinge art.* 4. 5. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 814. 815. Neque inquirendum, an & alii in eodem periculo constituti jactum fecerint, aut armamenta amoverint, nec ne; sed magistri & sociorum istius navis æstimatio ex bona fide est, atque judicium, quæ sufficiens imminentis periculi magnitudo sit, qua quantitate oporteat salutis ergo jacturam facere, Weitsen *van Avarye vers. daaromme*. Non etiam interest, quo in loco jactus fiat, si modo commune periculum immineat, & ejus amovendi gratia jactus necessarius judicatus fuerit; sive in pleno mari, sive in portu; sive tempestatis violentia jactum suaserit, sive etiam sereno cœlo alia quæpiam causa non prævisa, ut magistri culpa non sit; cum leges nullam locorum intuitu distinctionem faciant, & ex mox dicendis pateat, multa alia extra ventorum vim contributioni locum facere, quoties communis periculi amovendi intuitu merces quædam perierunt dominis, ut ceteræ salvæ sint, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 65.

3. Jactui enim alia plura inveniuntur comparata, partim jure Romano expressa, partim ex usu navigantium, & tum antiquioribus tum recentioribus legibus nauticis paulatim recepta: quæ omnia per contributionem sarcienda *avariæ* appellatione venire solent, vulgo *Avarye*. De cujus denominationis origine, ac ratione, conjecturæ variæ occurrunt apud Weitsen *tract. van Avarye in pr.* Vinnium ad Peckium *de re nautica ad l.* 1. *ff. h. t. in fin.* Sciendum autem, non unius generis nunc avariam esse, sed in *magnam*, seu *grossam*, & *communem* dividi. *Magna* dicitur, quoties non modo mercium salvatarum, sed & ipsius navis, dominus tenetur contributione damnum pro rata resarcire. *Communis*, cum soli mercium, non item navigii ipsius domini, hac gravantur contribuendi necessitate. Et si Gallis nunc avaria magna & communis pro eodem accipiatur. *Ordonnance de Louis XVI. touchant la marine livre* 3. *t.* 6.

4. Ad avariam magnam præter damnum ex jactu datum pertinet etiam, si jacturæ occasione merces aliæ detectæ, atque ita aspersione aquæ corruptæ fuerint: si modo plus sit in corruptione seu damno per aspersionem aquæ dato, quam est in contributione; nam si plus sit in contributione quam est in damno per aspersionem illato, ipsi mercium corruptarum domini adhuc aliis, quorum res projectæ, pro rata contribuunt, *l. navis onustæ* 4. *§. ult. ff. h. t.* Cui non absimilem aliam facti speciem exhibet Weitsen *tract. van Avarye, versu, nemaar hebbe*, si forte aquæ superfluentis exonerandæ gratia apertura quædam in navi fiat, quæ corruptioni per aspersionem occasionem præbet. Sed & jacturæ simile est, si merces quædam in scapham conjectæ sint, ut navis portum facilius intraret, & scapha perierit, *d. l.* 4. *pr. ff. h. t. Zee-Rechten van Kon. Philippus ann.* 1563. *t. van Schipbrekinge art.* 10. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 816. idque mercium pereuntium non item scaphæ ipsius pereuntis intuitu, Weitsen *van Avarye circa med. vers. voorts sois de vrage*, vel si communis periculi amovendi causa armamenta navis, veluti anchoræ, rudentes, mali, antennæ, aliaque similia dejiciantur, cædantur, removeantur, navigantium, aut saltem sociorum navalium consilio ac voluntate, *l.* 2. *§.* 1. *l.* 3. *l. amissæ* 5. *§.* 1. *ff. h. t. Wisbuysche Zee Rechten art.* 12. 21. vel navis a piratis, datis quibusdam mercibus, una cum reliquis rebus navigio impositis redemta sit, *l.* 2. *§. si navis* 3. *ff. h. t.* sive mercium pars data fuerit, sive lucrum promissum, magistro velut pignoris jure retento, donec illud solutum sit, Weitsen *van Avarye circa med. vers. ende uyt 't gunt*, Vinnius *ad Peck. de re nautica ad l.* 2. *§. si navis* 3. *ff. h. t. lit. a*, etsi tales cum piratis transactiones superiore seculo vetuerit Philippus Hispan. Rex *placito* 20. *Januar.* 1570. *art.* 27. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 835. Non item, si piratæ arbitrio suo res quasdam ex navi abstulerint, vel u-

nus suas merces a piratis redemerit; *l.* 2. §. *si navis* 3. *ff. h t.* uti nec, si ipsa navis violentia tempestatis damnum senserit, ictu fulminis deustis forte armamentis, & arbore, & antenna, etsi tumultuariis armamentis ad præsens comparatis instaurata onus integrum pertulerit ad locum destinatum, *l. amissæ* 5. *l.* 6. *l.* 7. *ff. h. t.* Weitsen *van Avaryen fere in pr. versu*, *notanter*, Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *c.* 29. *num.* 20. Ut tamen contributioni locus esse debeat, si malus ventorum vi dejectus, ita tamen suis funibus cohæreat navigio, ut periculum sit, ne navis in malum fluctuantem identidem concussione maris impingens rimosa fiat, ac mergatur, ideoque discriminis illius amovendi causa funes ejus rescindantur, Weitsen *van Avarye*, *vers. ende hoevvel hier vorem geseyis*, Groenewegen *ad Grotii manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 29. *n.* 20. Vinnius *ad Peckium de re naut. ad l.* 2. §. 1. *ff. h. t. lit. h.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 29. *numer.* 3. *vers. sed quod*. Quemadmodum etiam pro redemtione a piratis haberi debet, si piratæ citra ullam conventionem res quadam surripuerint, secundum demonstrationem sibi a navis magistro factam: quippe qui præsumendus est res demonstrasse viliores ad diripiendum, ut illis captis reliquas relinquerent, ideoque periculi communis amovendi causa, Weitsen *d. tract. van Avarye fere in med. vers. nu is de questie offer eenig*, Vinnius *ad Peckium de re nautica ad l.* 2. §. *si navis* 3. *ff. h. t. lit. c.*, Leeuwen *d. loco versu praterea*.

5. Præterea ad avariam magnam pertinet, quod magister navis mercedis nomine solvit scapharum onerariarum locatoribus, cum, nave majore vado hærente, periculi avertendi causa merces exonerandæ, *Zee-Rechten van Kon.*, *Philippus anno* 1563. *tit. van Schipbrekinge art.* 10. *d. volum.* 1. *placit. Holl.* 816. Sed &, si sine culpa nautæ navis vado hæret, ac is jactu facto navem servare valens, consultius crediderit, scaphis adhibitis salvare merces, post plerasque autem salvatas, oborta subito tempestate, navis collisa fuerit; damnum illud, tanquam periculi communis amovendi causa illatum, de communi sarciendum foret: non enim navis levandæ gratia merces in scapham videntur impositæ, ut navis cum mercibus reliquis salva esset; sed magis ipsa navis discrimini remansit exposita, ut merces scapharum ope possent conservari. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 153. Cui proximum, si communi peritorum consilio navis ad mercium conservationem consulto in littus impulsa fuerit, atque ita salvatis mercibus ipsa perierit, *Zee-Rechten van Kon. Philippus anno* 1563. *d. t. van Schipbreken art.* 4. Hugo Grotius *manuduct. ad Jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 29. *num.* 12. & 14. Quin &, si tempore difficilioris ac impeditæ navigationis ob hostium aut piratarum vim, magister navis, comitibus reliquis vela facientibus, funes anchoræ rescindat, dum educere non potest, ne alias solus sine comitatu iter faciat, vix dubium, quin navis & mercium servandarum, atque ita periculi avertendi intuitu id detrimentum factum, communiter reparandum sit, Weitsen *van Avarye vers. t. Wertkwel. apparentie heest*. Porro, etsi scapha nec pars nec instrumentum navis sit, *l. scapham* 44. *ff. de evict. l. ult. ff. de instruct. vel instrum. leg. l. Marcellus* 3. §. 1. *ff. de rei vind.* tamen, si oborta tempestate magister navis resecuerit fluctuantis scaphæ funem, ne navi noceretur impacta in navem scapha, vel aliter, cum sat amplum scaphæ in transtro navis reponendæ spatium esset, hanc quoque scaphæ amissionem contributione sarciri, usu obtinuit, Weitsen *d. tract. van Avarye*, *versu*, *nu is de questie of de boot*. Et quamvis hominum liberorum navi vectorum nulla æstimatio sit, ac proinde eorum salvatorum aut pereuntium intuitu contributio locum non inveniat, *l.* 2. §. *cum in eadem* 2. *in med. ff. h. t.* hactenus tamen hodie ei locus est, ut, si in defensione navis adversus piratas, aut in amovendis periculi evitandi causa armamentis, socii nautici peremti aut mutilati fuerint, peremtis honesta sepultura fiat, mutilatis æstimatio operarum, quibus carituri sunt, viri boni arbitrio præstetur, communi sumtu eorum, qui navis merciumque domini sunt, *Zee-Rechten van Konink Philippus, anno* 1563. *t. van Schipbrekinge art.* 2. *d. vol.* 1. *pag.* 814. *Ordonn. van Keyser Carel op de Zee-Rechten art.* 28. *d. vol.* 1. *pag.* 790. Weitsen *van Avarye circa med. versu, voorts so hebbe ik*.

6. Plura insuper impendia, etiam non insolita, vel ob inexpectatum casum facienda avariæ magnæ adscribi communiter fere placuit; veluti, id quod naves non armatæ contribuunt armatis pro sui tuitione, si navigandi societas inita sit, (vulgo *Admiraalschap.*) *Placitum Ordinum General.* 1. *Sept.* 1643. *art.* 46. *vol.* 1. *Placit. Holl. pag.* 882. & *placito* 4. *Junii* 1622. *art.* 4. *d. vol.* 1. *pag.* 928. quod erogatum in piscatores vel vadorum peritos, ut navis in tutum portum deferatur, si sex librarum Flandricarum quantitatem excedat, *Zee-Rechten van Kon. Philippus t. van Schipbrekinge art.* 9. *d. vol.* 1. *pag.* 816. quod solutum visitatoribus navium, inquirentibus, an navis secundum præcepta legum nauticarum satis armata atque instructa sit, *Zee-Rechten van Kon. Philipp. t. van toerustinge van Schepen art.* 16. *d. vol.* 1. *pag.* 803. Denique ad avariam magnam & illud pertinet, si, cum plures navigandi societatem contraxissent, (*Admiraalchap.*) navibus quibusdam damnum a piratis illatum fuerit, aut pro defensione pulvis pyrius ac globi consumti, nisi se turpiter hostibus aut piratis magister cum sociis nauticis dediderit; vel naves quædam velocitati fidentes, & ob id a classe reliqua separatæ, damnum perpessæ sint; cum id, quod quis sua culpa sentit, damnum non intelligatur, *l. quod quis ex culpa* 203. *ff. de regul. juris*, Grotius *manud. ad jurisp. Holl. lib.* 3. *cap.* 22. *n.* 2. & *seqq.* & *n. ult.*

7. Ad avariam communem, solas merces vectas non naves gravantem, reduci solet, quod vadorum peritis ac piscatoribus pro deductione navis in tutum locum penditur, si sex libras Flandricas non excedat, *Zee-Rechten van Kon Philippus tit. van Schipbrekinge art.* 9. *d. vol.* 1. *pag.* 8. 6. quodque pro more præstandum gubernatoribus castellorum, quæ navis prætervehitur; vel mercenariis solvitur, pro navigio ex portu, vel in portum ex flumine, vel in flumen, trahendo aut reducendo, in quibus juratæ magistri assertioni credi solet, Weitsen *van Avarye fere in pr.*

8. Præter hæc ad avariam magnam aut communem hactenus relata tum damna tum impendia, alia insuper tributa sunt, qua proprie ad neutram ava-

riæ speciem reduci possunt, etsi per mercium naviumque dominos pariter ferantur, dum non servata proportione æstimationis rerum & navigii, sed simpliciter certa tributi portio navium dominis, alia mercibus imponitur: quale est quod pro rata capacitatis navium pendendum est, (vulgo *Lastegelt*) cujus partem tertiam seu trientem navis dominus, bessem domini mercium vectarum ferunt, *Placit. Ordinum General.* 18. *Januar.* 1633. & 27. *Julii* 1645. *volum.* 1. *placit. Holland. pag.* 916. & 918. quemadmodum etiam mercedis bessem magister, trientem domini mercium ferre tenentur, quoties ob id, quod navis plena portum intrare non potuit, scapharum onerariarum conductione opus fuit, (*Lichters*) quo navis levata deinde subintret. *Zee-Rechten van Kon. Philippus anno* 1563. *tit. van Schipbrekinge art.* 10. *d. vol.* 1. *pag.* 816.

9. Sunt denique & damna quædam, quæ nullo modo per contributionem ex mercibus salvatis reparanda sunt, sed vel ipsis mercium læsarum dominis nocent, vel ab aliis, quam mercium salvarum dominis sarciri debent. Ipsos mercium læsarum dominos gravat, si merces vasorum vitio effluxerint in navi, aut aliter sine culpa magistri eorumque, quorum opera utitur, sua natura corruptæ sint, arg. *l.* 2. §. *servorum* 5. *ff. h. t. Zee-Rechten van Keyser Carel* 19. *Julii* 1551. *art.* 44. *d. vol.* 1. *pag.* 793. vel aspersione aquæ, non occasione jactus contingente, deteriores redditæ, Vinnius *ad Peckium de re naut. ad d. l.* 4. §. *ult. ff. h. t. lit. d.*; ut ante dictum, navis vi tempestatis, non periculi communis amovendi causa ex consilio, exarmata sit, aut merces ex navi suo piratæ abstulerint arbitrio *l.* 2. §. *si navis* 3. *l. amissæ* 5. 6. 7. *ff. h. t.* si, navi per maris quassationem vitium faciente, seu rimosa facta, aut aliter merces quædam aquæ intrantis aspersione corruptæ sint, non jactus occasionem, *l. navis onusta* 4. §. *cum autem* 2. *l. ult.* §. 1. *in fine ff. h. t.* Si, non obstante jactu, navis nihilominus alio in loco perierit; quia jactus non nisi nave salva in tributum venit, *d. l. navis onustæ*, 4. *pr. ff. h. t.* adeo ut si merces jactæ, vel in scapham transpositæ levandæ navis gratia, postmodum salvæ apparuerint, suis debeant cedere dominis sine ullo onere collationis; cum in navi mersa relictæ merces non perierint pro jactarum conservatione, nec (ut Callistratus ait) videri possunt merces servandæ navis causa jactæ, quæ periit; *d. l.* 4. §. 1. *in fin. ff. h. t.* Plane, si ex navi, quæ periit, merces quædam eductæ sint, contributionem ex his fieri placuit; cum jactus has salvas fecerit, quippe non educendas, nisi jactu levata navis, nunc eo periisset in loco, ubi urinatorum opera utilis esse poterat; inutilis futura, si jactu non facto navis maturius mersa periisset, *d. l.* 4. §. 1. *ff. h. t.* Quemadmodum etiam ex adverso, si merces jactæ vel cum scapha pereuntes, deinde urinatorum industria vel aliter servatæ apparuerint, exoneratur seu minuitur collatio, quæ salva nave fieri debuit, aut restituitur, quod jam supra modum per mercium salvatarum dominos collatum fuit, *l.* 2. §. *pen. ff. h. t.* Confer VVeitsen *de avariis, circa med.*

10. Quod si dolo culpave magistri, aut eorum quorum opera utitur, merces subductæ, corruptæ, læsæ fuerint, a magistro navis vel exercitore damnum illud oportere reparari, extra dubium est, *tit. ff. furti advers. naut. caup. stabular. tit. ff. naut. caup. stab. ut recepta restit.* arg. *l. cuicunque* 5. §. *idem ait* 8. *ff. de instit. act. Zee-Rechten van Keyser Carel anno* 1551. *art.* 43. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 793. Quemadmodum etiam magistri damnum est, si vadorum peritos (*Lootsen*) non adhibuerit in locis vadosis, ubi illos adhiberi moris est, arg. *l. item quæritur* 13. §. *si magister* 2. *ff. locati*. Unde & variis Ordinum Hollandiæ placitis eorum assumendorum necessitas invenitur imposita, usque adeo, ut, si magistri navium opera eorum oblatam respuant, salarium tamen præstare compellantur, *Zee-Rechten van Kon. Philippus anno* 1563. *tit. van Schipbrekinge art.* 9. *d. vol.* 1. *pag.* 816. *Placit. Ordinum Holl.* 19. *Decemb.* 1615. *art.* 7. *vol.* 1. *pag.* 1034. item 25. *Junii* 1621. *art.* 7. *vol.* 2. *pag.* 1034. item 10. *Sept.* 1638. *art.* 9. *d. vol.* 1. *pag.* 1040. Sed & si ob id, quod plus justo navis onerata fuit, vel merces male collocatæ, in transtro forte aut scapha, vel alteri navigio deteriori ignorante mercium domino impositæ jactura vel aliter, oborta tempestate, perierint aut corruptæ fuerint, de damnis hisce magister tenebitur, *Zee-Rechten van Kon. Philippus tit. van Schipbrekinge art.* 8. *d. vol.* 1. *pag.* 815. VVeitsen *van Avarye ante med. vers. nu is de questie of de boot*, & *in fine*, Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 29. *n.* 20. eo excepto, quod merces quasdam magni ponderis parvique pretii (*ruyge Wasen, van Oosten komende*) liceat in superiori parte navis reponere, sic ut & jactus earum in tributum veniret, Roseboom *Costuymen van Amsterdam cap.* 30. *art.* 43.

11. Nulla interim actio in jure nostro data est domino mercium jactarum, contra salvatarum dominos; sed ipse potius adversus magistrum navis experiri debet, actione locati, si merces vehendas locaverit, aut conducti, si loca quædam in navi conduxerit; vel, si incertum sit, utrum navem conduxerit, an merces vehendas locaverit, civili actione in factum, seu præscriptis verbis; ut is a ceteris contributionem exigat, vel per retentionem mercium salvatarum, vel per conducti aut locati aut præscriptis verbis actionem, *l.* 2. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. §. 1. *ff. de praescript. verbis:* non item per actionem hypothecariam contra tertios mercium salvatarum possessores; eo quod retentio quidem, at non pignoris taciti vel legalis jus, magistro in mercibus salvatis, a lege datum invenitur; secundum ea, quæ traduntur *tit. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah.* Ut tamen magister navis audiendus videatur, ac absolvendus, si mercium jactarum dominis actiones suas adversus salvatarum dominos cedere paratus sit, arg. *l. quod debetur* 51. *ff. de peculio*, Vinnius *ad Peckium de re nautica ad l.* 2. *pr. ff. h. t. lit. c.* præsertim, cum præstare non teneatur magister, ut ceteri solvendo sint, nec excutere & examinare teneatur facultates eorum, quorum merces vehit, arg. *l.* 2. §. *si quis ex* 6. *ff. h. t.* Quamvis autem actiones personales vulgo durent triginta annis, adeoque etiam hæ, quæ ad contributionem impetrandam comparatæ sunt, *l. sicut in rem* 3. *C. de praescr.* 30. *vel* 40. *ann.* hodiernis tamen moribus tempore breviori jus petendi contributionem circumscriptum est; puta anni, vel sesquiennii, vel triennii ex quo merces ad destinatum locum appulerunt, pro

varia locorum distantia, & transvectione mercium itinere terrestri vel maritimo peragendi; de quibus vide *placitum Philippi Hisp. Regis* 20. *Januar.* 1570. *art.* 24. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 834. *Ordonn. op 't stuk van Assurantie*, van Amsterdam *art.* 12. 15. 16. van Middelburch. *art.* 17. & 27.

12. Contribuere ad damni per jactum dati parationem tenentur omnes, quorum res per jactum aliarum salvatæ sunt, etiam dominus navis, quoties secundum ante dicta damnum ad avariam magnam pertinet, *l.* 2. §. 2. *ff. h. t.* Ut tamen domini loco habendus non sit, qui fœnus nauticam magistro credidit, sub pignore carinæ (*de Bodemerye*) etsi navis naviget periculo sortis amittendæ, si pereat, adeoque etiam talis creditoris videri possit interesse, ut navis salva sit: nam & aliorum creditorum hypothecariorum interest, pignora salva esse, maxime, ubi pactio talis intercessit, ut pignoris interitu debitor liberetur, secundum *l. quæ fortuitis* 6. *C. de pignor. act.* nec tamen uspiam in jure cautum, ea, quæ in pignoris conservationem impensa sunt, per hypothecarios creditores debere præstari. Unde & vulgatam parœmiam esse, *Bodemerye en is geen Avarye subject.* testatur Ant. Matthæus *disputat. de lege Rhodia*, (*quæ est inter extraordinarias disput.* 10.) *thes.* 13. Porro & ipse mercium jactarum dominus onere contributionis exemtus non est, quippe cui pro rata tanto minus tribuendum, quantum ceteris per contributionem decedit, vel abest; adeoque si domini mercium salvatarum ex centum salvatis viginti quinque conferre teneantur, non amplius quam septuaginta quinque ex contributione consequentur, quorum jactæ merces aureis centum æstimatæ sunt; uti id evidentissime colligi potest ex iis, quæ de mercibus per aquæ aspersionem occasione jactus corruptis ac depretiatis ante dicta, ex *l. navis onustæ* 4. §. 2. *ff. h. t.* atque insuper evincitur ex eo, quod placuit, omnes, quorum interfuisset jacturam fieri, conferre oportere, *l.* 2. §. 2. *in med. ff. h. t.* interest autem æque dominorum, quorum merces jactæ, ac eorum, quorum res salvatæ sunt, ut ex sequentibus patebit, & adnotavit Ant. Faber *rational. ad l.* 2. §. 4. *ff. h. t.* Frustra dissentiente, ac a communi hac DD. opinione post Cujacium recedente Ant. Matthæo *disput. de lg. Rhodia*, (*quæ est decima inter disput. extraord.*) *th.* 16. Neque enim id probant allegatæ ab eo leges, simpliciter dominis mercium salvatarum contributionem imponentes; nam & jactæ in sui pretio, ex contributione conferendo, salvæ sunt. Neque stringit satis argumentum, ex *l. interdum* 5. junct. *l.* 6. *ff. qui pot. in pign.* quasi potiores esse deberent domini mercium jactarum, quam servatarum, quia illarum jactus salvam fecit harum causam. Diversus enim in d. ll. casus est. Potior scilicet merito esse debuit creditor posterior, qui cum pacto hypothecæ credidit in rei, jam aliis obligatæ, conservationem; quia is sine ullo damni periculo aut metu poterat non credere in pignoris conservationem; ut proinde præmio quodam, puta prælationis privilegio, invitari debuerit ad credendum in necessariam ac utilem prioribus hypothecariis pignoratæ rei refectionem. At mercium suarum jacturam sæpe absentes & ignorantes domini patiuntur, aut, si maxime præsentes consentiant, non modo propter alios, sed & sua gratia, jactum rerum suarum fieri sinunt; non modo, ut aliorum, sed & ut suas merces proprias per contributionem salvas habeant, non habituri, si jactu non facto navis periisset. Cum ergo jactum æque jactarum, ac servatarum mercium contemplatione fieri & æquale omnibus imminuisse periculum, in aperto sit; æquum, ut non minus illarum, quam harum, domini contributionis onerentur necessitate, & ita æquales sint in damno sarciendo qui antea æquale subierant periculum amissionis. Ex quibus etiam rationibus consequitur, minus recte hac in quæstione distinctionem adhiberi a Quint. Weitsen, dum scribit, ita demum merces jactas subesse contributioni, si post absolutam dimidiam itineris partem jactus contigerit, quia tunc naulum magistro solvendum, non item, si ante, *tract. van Avaryen post med. vers. al t' welbe.* Sane enim an magistro merces solvi debeat mercium jactarum nomine, annon, quid, quæso, facit ad quæstionem de facienda per verum jactarum dominos contributione?

13. De cetero nihil interest, quales res salvatæ sint, an magni ponderis, an ex adverso leves ac navim haud magnopere onerantes, veluti annuli, gemmæ; cum æquissimum sit, commune fieri detrimentum eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut suas salvas habeant, *l.* 2. *in fine pr.* & §. 2. *ff. h. t. Zee-rechten van Kong. Philippus ann.* 1563. *tit. van Schipbrekinge art.* 7. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 815. Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 29. *num.* 19. adeo ut ex summi juris ratione ipsi quoque socii nautici teneantur contribuere ratione mercium suarum, quas ex lege nautica vel consuetudine sine nauli solutione navigio licite imponunt (vulgo *Voeringe*), etsi plerumque mitius cum illis agi, & contributionem eo nomine non facile peti, moneat Weitsen *d. tract. van Avaryen post med. vers. en de all de Bootsgesellen.* Sed nec refert, an statim ab initio susceptæ navigationis, an itinere ex parte jam absoluto, impositæ merces fuerint, quæ jactæ sunt, dum forte ex portu solvens magister, nave minus plena, alias prioribus non ultra modum adjecit; cum utique liberum ei licitumque sit, post emensam viæ partem usque ad justum vecturæ pondus merces alias suscipere transvehendas, si modo non præter primam destinationem aliorsum deflectat oneris quærendi causa, sed recta iter continuet atque perficiat, Weitsen *d. tract. van Avaryen fere circa fin. vers. voorts soo is de vrage.* Quin &, si mercator totam navim quasi aversione, conduxerit ad mercium suarum transvectionem, magister autem alias insuper aliorum res receperit eadem navi transvehendas, ignaro priore totius navis conductore, & postea, oborta tempestate, hæ clam impositæ jactæ fuerint; conductor prior, cujus res per jactum clam receptarum salvatæ sunt, domino mercium jactarum ex suis salvatis contribuere tenetur; regressum habiturus adversus magistrum, qui præter fidem datam alienis insuper mercibus navem oneravit; non enim posterior in culpa est, quod de suis quoque mercibus transvehendis cum magistro convenerit, nec divinare potuit aut debuit quid inter magistrum primumque navis conductorem actum sit, Weitsen *tract. van Avaryen non longe a fine, vers. end uyt 't geene.*

14. Sola eximuntur contributionis necessitati esculenta & poculenta, consumendi causa navigio impo-

sita (quibus & ex usu addunt contra *l.* 2. §. 5. *ff. h. t.* vestes quotidianas quibus induti navigantes, Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 29. *num.* 18.), ex ratione, quod, si quando ea defecerint in navigationem, quod quisque haberet, in commune conferret, *d. l.* 2. §. 2. *in fine ff. h. t.* non, quod omnia in casu necessitatis ipso jure ad primævam redirent communionem; sed potius, quod æquitas suadeat, cibaria talia in navim consumendi gratia illata, communicari illis, qui diutius forte ac præter expectationem jactati pelago, vel in steriles, incultas, & humano ignotas vestigio regiones per naufragium rejecti, iisdem carent, & absque tali communicatione eo forte adducerentur, ut decimum quemque sortiti, alimentum haberent fame sævius, atque ita vel male perirent, vel pejus viverent; uti id de Cambysis exercitu commemorat Seneca *lib.* 3. *de ira cap.* 20. Sane, cum necessitas ex multiplicato humano genere induxerit dominiorum distinctionem, minus recte contenditur, necessitatem rursus abolituram esse illud *meum* & *tuum*, ac communionem reducturam; imo jure hic applicueris illud quod a Jacob Coren scriptum est circa statutariam bonorum communionem, nihil scilicet absurdius esse, quam quod eadem esset causa communionis admittendæ & excludendæ, *observ.* 30. *num.* 47. 48. Adde Ant. Matthæum *de crim. lib.* 47. *tit.* 1. *cap.* 1. *n.* 7.

15. Ut tamen in contribuendo servetur æqualitas, æstimandæ res omnes tum jactæ, tum salvæ, quotquot obnoxiæ sunt oneri collationis; si modo per jactum salvatæ ad destinatum etiam locum salvæ delatæ sint; nam si post jactum, antequam perlatæ vel exoneratæ essent, casu perierint, dum servi aut animalia morbo in navi extincta, vina dolii vitio effusa, frustra fieret eorum æstimatio, quæ suis pereuntia dominis, ipso jure desinunt obnoxia esse contributionis necessitati, *l.* 2. §. *servorum* 5. *ff. h. t.* Et jactæ quidem, quanti emtæ sunt; salvæ vero, quanti venire possunt, *l.* 2. §. *porro* 4. *ff. h. t.* Quam æstimandi rationem, recte explicatam summa sese æquitate & æqualitate commendare puto; quippe qua efficitur, ut domini mercium jactarum etiam lucri, quod ex salvatis acquiritur, fiant participes, in compensationem ejus, quod ex suis, si salvæ fuissent, ipsi quoque potuissent lucrari; atque ita neque deterior, neque melior, sed plane par sit conditio eorum, quorum merces jactæ, quorumque servatæ sunt; ac generaliter lucrum & damnum æquale sentiant, qui æquale subierunt periculum amissionis. Merces mille aureis emtas navi vectas concipe; oborta tempestate, mediam earum partem quingentis emtam, jactura periisse; salvatas reliquas, quingentis itidem emtas, vendi nunc posse octingentis eo in loco, ad quem devectæ sunt: quadringentos utique mercium salvatarum domini tribuent jactarum dominis, seu mediam partem æstimationis mercium salvatarum, quia mercium navi vectarum pars media jactu periit. Finge ex adverso, minoris nunc valere mercium salvatarum pretia, quam quanti emtæ (uti sæpe incerta fert mercaturæ alea) adeoque rursus ex mercibus mille aureorum pretio comparatis, vectisque jactam fuisse partem dimidiam quingentis emtam; salvas, quingentis quidem etiam emtas, non nisi trecentis in destinato loco vendi posse; jactarum dominis sola centum & quinquaginta cedent, totidem remanebunt penes salvatarum dominos ex pretio præsente. Fit scilicet contributio proportione jactus, seu collata inter se jactarum, & salvatarum mercium quantitate: jacta mercium vectarum parte dimidia, dimidia pars pretii salvatarum in solatium illis præstabitur, qui suas jactu perdiderunt: si pars quinta jacta, quinta quoque pars pretii, quo salvæ vendi possunt, jactarum dominis contribuendum, & sic in ceteris: computo instituto secundum schema subjunctum. Posito lucro ex mercibus salvis.

Merces jactæ æstimatæ quanti emtæ	500
Salvæ itidem æstimatæ primitus quanti emtæ	500
Sed cum salvæ octingentis vendi possint, addendum est lucrum trecentorum	300
Quæ summæ conficiunt	1300
Quia vero in dimidia parte mercium jacta erat damnum quingentorum	500
Hinc eo subducto supersunt	800
Et quia mercium omnium pars dimidia jacta proponitur, necesse, ut dimidium ejus, quod est in pretio salvatarum, præstetur dominis projectarum, adeoque	400

Idemque est, si minoris nunc valeant salvæ, quam quanti emtæ, eo solo immutato, ut pro lucro sorti addito in specie superiore, nunc subducatur sorti tum damnum ex jactu, tum damnum ex salvatarum depretiatione, atque ita, quod superest, pro rata dividatur.

16. Ab hac Romani juris computatione, sic exposita, effectu inspecto parum differt ea, quæ moribus hodiernis recepta, ac edictis stabilita est, etsi in computandi modo diversitas sit: dum cautum edicto nautico Philippi anno 1563. æstimandas esse res jactas & salvas, quanti vendi possunt in loco, ad quem salvæ appulerunt, deducto naulo reliquisque impendiis & tributis salvatarum intuitu adhuc præstandis (eo quod pro jactis nec tributa nec impensæ ulterius præstandæ sunt, ac ne naulum quidem, si jactus contigerit, antequam medium iter absolutum sit. Weitsen *van Averyen post med. vers. ende in dese sake*); istique æstimationis quantitati superaddi oportere navis ipsius salvatæ pretium, vel totum naulum mercium vectarum, si forte plus sit in naulo debito, quam navis pretio; idque arbitrio eorum, quorum merces vectæ sunt, *tit. van Schibrekinge art.* 6. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 815. Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 29. *num.* 14. 15. 16. Licet ipsi nautæ arbitrium illud tribuat, Weitsen *tract. van Avarye post med. versu, de gemeene Costuyme*, & Gallis nunc placeat, dimidiatam navigii æstimationem dimidiato naulo junctam, collationi subesse, *Ordonance de Louis XIV. de l'an* 1681. *touchant la Marine liv.* 3. *tit.* 8. *art.* 7.

7. Pecuniam jactam vel salvam quod attinet, licet omnia vulgo æstimet, & non vicissim æstimetur, l. *si ita fidejussorem* 42. *ff. de fidejussor.* & gravis aliquando disputatio fuerit, an pecuniæ numeratæ intuitu contributio ob jactum facienda esset, ut videri potest apud Weitsen *d. tract. fere in med. versu, que-*

stuk, of 't Gelt, tamen æstimationem ejus contributionis intuitu fieri oportere; non secundum valorem ejus externum seu impositum, sed secundum internam ipsius materiæ bonitatem, constitutum est, *Zee Rechten van Schipbrekinge art.* 7. *d. vol.* 1. *pag.* 815. Sed sciendum est, nullam in contributione rationem haberi pecuniæ aut aliarum mercium pretiosarum, jactis sarcinis aut cistis clam inclusarum, nisi mature, antequam jactus fieret & periculum immineret, magister ejus rei fuerit admonitus: cum alioquin sarcinæ projectæ æstimandæ tantum veniant secundum id, quod ex forma exteriore videri possunt continere, aut in contractu cum magistro navis inito (*de cognoscementen*) expressum est, *Zee-Rechten van Kon. Philippus d. tit. van Schipbrekinge art.* 5. *d. vol.* 1. *p.* 815. Weitsen *d. tract. van Avaryen prope finem, versu, quæritur in de meeste bitte*. Plane, si doceri possit, pretiosa illa magistro non indicata, sed vilioris formæ sarcinis clam involuta, salvata esse, eo nomine contributionem fieri æquitas suadet; ne alias melioris essent conditionis, qui mala, quam qui bona egerunt fide. Quod & nomine apud Gallos nunc ita sancitum, *Ordonnance de Louis XIV. de l'année* 1681. *touchant la Marine, livr.* 3. *tit.* 8. *art.* 8. & 9.

18. Jactus occasione quæri solitum, an, ædibus dirutis ob ortum incendium, ne latius illud serpat, vicinia domino ædium sic dejectarum teneatur damnum reparare? affirmantium quidem opinionem Britanniæ, consuetudine firmata invenio, *art.* 600. ubi Argentræus; eamque, ut communem, & æquissimam, tuentur Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 22. *num.* 4. 5. Sande *dec. Frisic. lib.* 5. *tit.* 7. *defin.* 3. Vinnius *ad Peckium de re nautica ad l.* 1. *ff. h. t. lit.* B. Sed, uti lege destituitur, ita æquitate non sustinetur; cum non eadem incendii, quæ jactus, ratio sit. Contributionem fieri ob jactum ab omnibus, æquum erat, quia jactu non facto periculum imminebat æquale rebus omnibus navi vectis, tam salvis, quam jactis. At non ita exorto incendio æqualis ad omnem viciniam spectat damni metus, sed ad proximos maximus, minor ad remotiores. Ut proinde rectius dicatur, vel a nullo refici tale damnum oportere, si ad depositas ædes jam ignis pertigerit; vel, si necdum eo pervenerit incendium, ab eo solo, qui dejecit; ut dictum *tit. de lege Aquil. num.* 28. Tuldenus *ad tit. C. de lege Aquil. num.* 3. Ant. Matthæus *disp. ad leg. Rhodiam* (*quæ est miscell.* 10.) *thes.* 23. Wissenbach *ad Pand. h. t. n.* 6.

19. Quæ vero aliis legis Rhodiæ nauticæ capitibus cauta fuerint, disci potest ex jure navali Rhodiorum, quod Græce & Latine post Peckium & Vinnium de re nautica, & jure Græco-Romano recusum exstat.

TITULUS III.

De institoria actione.

SUMMARIA.

1. *Qui veniant appellatione institorum?*
2. *Quibus detur actio institoria? an & ei, qui cum substituto contraxit? Contra quos? & quo usque obligentur pupilli sine tutore præponentes, aut præponentis heredes existentes? Si plures præposuerint, quo modo teneantur jure civili, ac moribus? quo modo liberari possint tabernam derelinquendo?*
3. *Tendit ad id, quod institoris contractu continetur, modo ejus rei gratia, cui præpositus est, contraxerit. Quid si contraxerit post mortem præponentis, mortis non ignarus?*
4. *Obligat institor præponentem & contrahendo & delinquendo; quod exemplis monstratur libitinarii, pistoris, & pharmacopolæ, tradendo transfert dominia rerum, recte ei pretia rerum venditarum solvuntur, de pretio fidem habet, etsi prohibente domino, modo emtor in bona fide sit. An a se ipse emere possit rem præponentis?*
5. *Cessat, si mandatum palam revocatum sit; & quid si institor tabellam revocationis corruperit &c. quid si præponens ex contractu post revocatum mandatum inito locupletior factus sit?*
6. *An, & quando institor ipse conveniri possit ex suo contractu, secundum jus civile & hodiernum?*
7. *An præponens ex contractu institoris agere, rerum venditarum pretia exigere, res institori venditas & traditas vindicare possit, si doceat suis nummis eas per institorem emtas esse?*
8. *Ad quid institor præponenti teneatur.*
9. *Ad quid præponens teneatur institori? an cogi possit, ut patiatur sibi ab institore rationes reddi? an compensatione servare expensas? An retentione mercium sibi commissarum sibi consulere, cum eas ipse præponens vendidisset ac tradi mandasset.*

1. INstitor appellatus ex eo, quod negotio gerendo instet, *l. institor* 3. *ff. h. t.* est omnis ille, qui tabernæ vel alteri cuicunque negotiationi, adeoque ad emendum vendendumque, etiam sine loci vel tabernæ certæ designatione, præpositus est, sic ut & illos institores dici placuerit, quibus vestiarii vel lintearii dant vestem circumferendam & distrahendam, vulgo circitores, *l.* 3. *l.* 4. *l.* 5. *pr.* & §. *sed etiam* 4. *l. institor est* 18. *ff. h. t.* quique receptioni pecuniæ, fructibus colligendis & distrahendis, pecuniis mutuo accipiendis & fœnerandis, ex mandato incumbunt, ut saltem utili actioni locus inde fiat, *l. si cum villico* 16. *l. pen. ff. h. t.* sive a domino, sive a procuratore domini præpositi sunt, *l. cuicunque* 5. §. *ult. l.* 6. *ff. h. t.* Nec interest, cujus sit conditionis qui præponitur, liber, an servus; masculus, an fœmina; pubes, an impubes; cum sit quod sibi imputet præponens, si quid per eos minus recte curatum sit, *l. sed & si* 7. §. 1. 2. *l.* 8. *ff. h. t.* & cum institore contrahentes non tam institoris, quam potius præponentis fidem secuti intelligantur.

2. Ab hoc institore nomen accipit actio institoria, exercitoriæ in plerisque similis; quæ contra præponentem, sive masculum sive fœminam, datur ei, qui cum institore contraxit, *l. sed & si* 7. §. 1. *ff. h. t.* non item cum substituto ejus, eo quod nuspiam id de hac actione cavetur; & quod de promagistro per magistrum substituto, exercitorem obligante, jure singulari propter utilitatem navigantium constitutum invenitur, in *l.* 1. §. *magistrum* 5. *ff. de exercit. act.* ad consequentias producendum non est. Si pupilli præposuerint, si quidem auctore tutore, in solidum, sin sine auctoritate ejus, duntaxat in quantum locupletiores sunt facti tenentur. Plane si præ-

ponenti hæredes extiterint, æquissimum est, eos teneri ex facto institoris, quamdiu is præpositus manet; cum removendus fuisset a tutoribus, si nollent ejus operis uti, *l. verum si* 9. *l.* 10. *l.* 11. *pr. ff. h. t.* Minor præponens per integrum restitutionem, causæ cognitione interveniente juvatur, *d. l.* 11. §. 1. *ff. h. t.* Si filiusfamilias aut servus præfecerit, domino vel patre sciente & permittente, patrem dominumve non in solidum, sed tributoria actione reddunt obligatum; in quo rursus ab exercitoria hæc diversa est, *l.* 1. §. *licet autem* 20. *ff. de exercit. act.* Si plures ejusdem institoris præponentes sint, singulos in solidum conveniri obtinuit, exemplo exercitorum, nisi is casus, in quo inter plures præponentes cessat societatis & communi dividundo judicium; tunc enim singulos pro parte tantum condemnari placuit, *l. habebat* 13. §. *ult. l.* 14. *ff. h. t.* Sed quemadmodum moribus hodiernis exercitores singulos tantum pro rata parte, & non in solidum ex magistri facto obstringi, dictum fuit *t. de exercit. act. num.* 5. ita quoque in pluribus ejusdem tabernæ vel negotiationis exercitoribus, ex institoris facto obligandis, idem jus est, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *c.* 1. *num.* 39. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 5. *numer.* 8. *in med.* Quin imo, uti exercitores hodie ex contractu vel facto magistri conventi liberari possunt derelinquendo seu cedendo jus suum, quod in navi habent, secundum tradita *d. t. de exercit. act.* ita & ab obligatione, ex institoris facto nata, liberari præponentes, cedendo quicquid institoris fidei commiserunt, usu receptum ait Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 3. *num.* 10.

3. Tendit hæc actio ad id, ut præstetur, quod institoris contractu comprehensum, si modo ejus rei gratia contractum fuerit, cui institor præpositus est, *l. cuicumque* 5. §. *non tamen* 11. *l. sed si pupillus* 11. §. *conditio* 5. *ff. h. t.* Proinde (ut eleganti sermone Ulpiani continuato utar) si præposui ad mercium distractionem, tenebor nomine ejus ex emto actione. Item, si sorte ad emendum præposuero, tenebor duntaxat ex vendito. Sed neque, si ad emendum, & ille vendiderit: neque si ad vendendum, & ille emerit, debebo teneri. Sed &, si pecuniam quis crediderit institori, ad emendas merces præposito, locus est institoriæ. Idemque est, si ad pensionem pro taberna exsolvendam; si modo prohibitum non fuerit mutuari. Et si ei, quem ad vendendum emendumve oleum præposui, mutuum oleum datum sit, dicendum erit institoriam locum habere. Item si institor, cum oleum vendidisset, annulum arrhæ nomine acceperit, nec eum reddat, dominus institoria tenetur: nam ejus rei causa, in quam præpositus fuit, contractum est: nisi forte mandatum ei fuit præsenti pecunia emere. Quare, si forte pignus institor ob pretium acceperit, institoriæ locus erit. Quin & fidejussori, qui pro institore intervenit, pro recuperando eo quod solvit, institoria competit; quia fidejussio sequela ejus rei est, cui dominus institorem præfecit, *d. l. quicunque* 5. §. *proinde* 12. 13. 14. 15. 16. *ff. h. t.* Adde *l.* 1. & 3. *C. h. t.* Nec multum interest his in casibus, utrum vivo præponente, an eo jam mortuo, institor contraxerit, cum id hic negotiationis seu *promiscui usus* favore, præter naturam mandati, receptum sit, quod morte præponentis non evanescit ipso jure institoris officium, sed demum revocatione per heredem facta; sic ut ex contractibus ejus, ante revocationem mandati celebratis, utili saltem institoria heredes teneantur; licet mortem præponentis non ignoraverit institor, quique cum institore contraxit, *l. si quis mancipiis* 17. §. 2. 3. *ff. h. t.* junct. *l. sed si pupillus* 11. *pr. ff. h. t.* Et quamvis Ulpianus scripserit, æquum esse, *ignoranti* mortem præponentis institoriam dari, *l. cuicunque* 5. §. *pen. ff. h. t.* quod ita obtinebat ex jure communi, arg. §. *item si* 10. *instit. de mandato,* non tamen negat, jure singulari propter utilitatem promiscui usus, etiam scienti utilem saltem ex æquo & bono oportere concedi; ac proinde quod isti deest legi, aliunde supplendum ex *d. l.* 17. §. 3. *ff. h. t.* Quia vero hæc utilitas promiscui usus, seu commerciorum, non ita apparebat in eo, qui tantum calendario præpositus erat, etsi is etiam sub latius sumto institoris nomine comprehendi possit, *l. quicunque* 5. §. 2. 3. *ff. h. t.* visum magis fuit, in eo non jus singulare sed ordinariam mandati naturam servandam esse, ac solos mortis præponentis ignaros, non item scientes, debere juvari & excusari, *l. pen. ff. de rebus cred.*

4. Porro, ut institor contrahendo præponentem obligat, ita & delinquendo in officio cui præpositus est: nam si quis pistor servum suum solitus fuit in certum locum mittere ad panem vendendum, deinde is pecunia accepta præsenti, *ut per dies singulos illis panem præstaret*, conturbaverit, id est, decoxerit, dubitari non oportere, quin, si permisit, ei ita dari summas, teneri debeat, a Labeone responsum est, *l. cuicunque* 5. §. *idem Labeo* 9. *ff. h. t.* Et si libitinarius id est mortuorum sepultor, servum pollinctorem habuerit, utilem, seu quasi institoriam actionem, in eum dari placuit, *d. l. cuicunque* 5. §. *quidem ait* 8. *ff. h. t.* quod extendendum ad pharmacopolas, si hi, quos suis præfecerunt officinis, venena pro medicamentis errore vendiderint. Facit eo *l.* 1. *C. ad leg. Jul. repetund. l. cum si exhibuissent* 3. *ff. de publicanis*, *l. si servus servum* 27. §. *si fornacarius* 9. *ff. ad leg. Aquil.* Andr. Gayl. *de pignoration. observ.* 5. *numer.* 4. Sed & aliis quam plurimis modis institor præponenti per factum suum nocet: ad vendendum enim constitutus tradendo rerum distractarum dominia in emtores transfert; pretia conventa recte accipit: sic ut emtor, qui ea bona fide præstitit, iterato solvere domino non compellatur, si institorem inidoneum fieri aut foro cedere contigerit, & ob id dominus servare ab eo rerum pretia non potuerit; nec etiam dominus convenire possit eos, ad quos rerum suarum pretia, institoris facto, pervenerunt, dum is forte suos proprios ex istis pecuniis dimisit creditores, bona fide easdem recipientes. Quin imo, si mores spectes, quibus vulgatum est, mobilia non habere sequelam, venditio per institorem facta tenebit, transibit rerum venditarum dominium, & numeratione pretii institori facta emtor liberabitur, etsi institor prohibente domino res distraxisset ementi bona fide; vel eas suo creditori, in bona fide constituto, dedisset in solutum, aut pignori obligasset; adeo ut hoc casu creditor institoris eas non nisi post luitionem, sed debiti solutionem, reddere omnino præponenti teneatur, *statut. Antverpiens. tit.* 58. *art.* 5. Neostadius

Curiæ supr. decis. 85. Anton. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 18. *numer.* 9. *in fine*, & *Faram. Belgar. Jurisc.* 7. *numer.* 7. *in med.* Sed &, si fidem de pretio habuerit rerum emtoribus, dominium transfert, licet ei mandatum fuerit, ut parata pecunia merces vendat: cum sit, quod in his omnibus sibi imputet præponens, quod tali commiserit rerum suarum curam & tractationem; regressus tantum habiturus adversus institorem, si is mala fide res aut rerum pretia interverterit, aut aliter in alienandis rebus mandati fines prætergressus sit, arg. *l.* 1. §. *unde quærit* 9. *ff. de exercit. act.* Etenim, an jure institor periculo præponentis de pretio fidem habere; an transigere; an merces, certo loco vendendas, alio mittere inspiciendas ac distrahendas; an ipse res sibi ad vendendum traditas emere possit; & quæ hujus sunt generis alia plura, partim ex forma mandati seu præpositionis, partim ex generalibus regulis in mandato recepit, definienda sunt, *l. sed si pupillus* 11. §. *conditio* 5. *ff. h. t.* Sane fidem de pretio per institorem haberi potuisse, nisi nominatim ei mandatum fuerit, ut parato pretio merces vendat, Romanis placuit, dummodo secundum mandati naturam diligens ac cautus fuerit in admittenda ac probanda emtoris fide, arg. *l. cuicunque* 5. §. *item si institor* 15. *ff. h. t.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 145. *quæst.* 4. *& in confirmatione addita.* Neminem autem a se ipso emere potuisse, ne per interpositam quidem personam, adeoque nec institorem, nec tutorem, res domini præponentis vel pupilli vendentem, earundem posse emtorem existere, constat ex *l. si in emtione* 34. §. *ult. ff. de contr. emt. l. pupillus obligari* 5. §. *sed si per* 3. *ff. de auctorit. tut. l. & qui sub* 10. *C. de distract. pign.* nisi secundum usus hodiernos institor statim ab initio, quam primum merces sibi ad vendendum missas recepit, eas sibi emtas habere constituerit, præsente pretio, seu tanto, quanti tunc res valebant, illudque eodem tempore rationibus domini præponentis accepto tulerit, seu in ejus rationes bona fide transcripserit, sic ut præponentis non intersit, alium, quam institorem, mercium suarum habere emtorem, arg. *l. tutor rerum* 56. *ff. de admin. & peric. tut.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 145. *quæst.* 7. *& in confirmatione addita in fine*.

5. Cessat tamen hæc actio institoria, si quis novaverit hanc ex facto institoris natam obligationem, vel ab institore, vel ab alio, novandi animo stipulando, *l. habebat* 13. §. *meminisse* 1. *ff. h. t.* uti &, si præponens palam, affixa ad tabernam tabella, prohibuerit cum institore contrahi. Sed si institor aut alius tabellam corruperit aut amoverit, vel ipsa tabella vetustate, pluvia, aut alia ex causa legi non potuerit, & ita cum ignorantibus institor adhuc contraxerit, præponentis damnum erit, isque obligabitur, *l. sed si pupillus* 11. §. *de quo palam* 2. 3. 4. *ff. h. t. l. quotiens in taberna* 47. *ff. de peculio*. Si tamen ex contractu, post revocatum mandatum per institorem celebrato, locupletior sit factus præponens, æquum non est, eum cum aliena lucrari jactura, ac proinde exceptio revocati mandati per creditorem doli replicatione elidi potest, *l. si quis mancipiis* 17. *Exercitor* 4. *ff. h. t.* junct. *l. nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indeb.*

6. Præter institoriam, in præponentem & heredes ejus dandam, etiam directa ex ipso contractu in institorem actio competit, si ille homo liber sit, arg. *l. item si filiusfam.* 7. §. *interdum* 11. *ff. de senatusc. Macedon. l.* 1. §. *est autem* 17. *ff. de exerc. act.* idque durante adhuc officio, non eo finito, nisi institor insuper se ut fidejussorem obligasset, *l. ult. ff. h. t.* Peckius *de jure sistendi cap.* 4. *num.* 12. 13. Rodenburch *de jure conjugum t.* 3. *cap.* 1. *nu.* 18. *pag.* 339. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 192. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 5. *numer.* 35. licet, officio deposito, hactenus adhuc obstrictus maneat, ne contra suum factum veniat; nec rem a se venditam traditamque vindicet, si forte suam, tamquam præponentis propriam, vendiderit ac tradiderit, *l. servum Titii* 49. *ff. mandati*. Sunt tamen, qui censent, secundum mores hodiernos, ei, qui cum institore contraxit, electionem non esse, utrum contra præponentem, an potius adversus institorem agere velit, sed tantum contra præponentem agendum esse: nisi quis cum institore, non qua tali, contraxerit, ignorans forte, eum institorem esse, quia tunc non alterius, quam ejus, quocum contraxit, videri potest fidem secutus; vel nisi præponens neget, hunc, cum quo contractum est, suum institorem esse; vel denique institor sese nominatim pro præponente obstrinxerit, Sande *decis. Frisic. libr.* 3. *tit.* 7. *defin.* 1. Jac. Coren *observat.* 28. *num.* 47. *& seqq.* Christinæus *vol.* 3. *dec.* 33. *numer.* 9. Groenewegen *ad l. ult. ff. h. t.* Berlichius *par.* 1. *concl.* 75. *num.* 38. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 3. *num.* 6. 7. 10.

7. Licet autem jure Romano præponens agere non potuerit ex institoris contractu, institorio nomine cum aliis inito, nisi in subsidium, cum suum consequi nequit ab institore, *l.* 1. 2. *ff. h. t.* arg. *l.* 1. §. *sed ex contrario* 18. *ff. de exercit. act.* tamen ex quo moribus invaluit, alteri per alterum non certis in casibus exceptis, uti quidem jure civili, sed passim obligationem quæri posse, vix amplius dubitari potest, quin ex contractu institoris, qua talis, valida præponenti actio danda sit. Ac proinde actione venditi recte præponens rerum suarum per institorem distractarum emtorem convenerit ad pretium, quod necdum institori persolutum est, sibi potius, quam institori solvendum; dum is forte foro cessit, aut incipit suspectus esse: si modo probet, se rem institori vendendam commisisse; quod ipsum juri quoque Romano conveniens est, *l. Julianus* 13. §. *si procurator* 25. *ff. de act. emt.* Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 1. *numer.* 56. Roseboom *Costuymen van Amsterdam cap.* 37. *art.* 28. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 5. *& consil.* 6. *circa med.* & *part.* 4. *cons.* 3. *& cons.* 6. *ibique subjunctæ confirmationes*. Quemadmodum ex adverso etiam actione ex emto utiliter petere potest res suo mandato per institorem institorio nomine emtas, *d. l. Julianus* 13. §. 25. *ff. de act. emti*, quin & tales, institori jam traditas, vindicare, etiamsi forte institor foro cesserit; cum ipsum quoque jus Romanum probaverit, ministerio procuratoris posse nobis dominium acquiri, *l. si procurator* 13. *ff. de acquir. rer. domin. l. qui mihi* 13. *ff. de donation.* §. *pen. Instit. per quas person. cuique acquiritur*, Grotius *d. lib.* 3. *cap.* 1. *nu.* 52. si modo doceat præponens, non mandato tantum suo, sed & suo pre-

tio res illas emtas esse; quod, deficientibus aliis, ex eo probari poterit, quod institor eas retulerit in præponentis ratione, licet in contrahendo non expressisset, se ex mandato ac institorio nomine comparare, Jacob. Coren *observ.* 25. Kinschot *Responso* 99. *nu.* 5. *in editione ann.* 1653. Francisc. Kinschot *responso* 13. *numer.* 5. Mantica *de tacit. & ambiguis convent. lib.* 7. *cap.* 18. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 3. *n.* 9. Roseboom *Costuymen van Amsterdam c.* 37. *art.* 29.

8. Ceterum inter præponentem ac præpositum mutuas quoque nasci obligationes, expeditum est. Nam & rationes specificas gestorum reddere præponenti, res pro eo emtas ac rerum pro eo venditarum pretia accepta restituere, quæsitasque actiones cedere, institor obstrictus est; &, si quando mandato non paruerit, in rebus emendis vendendisve, pretiis transmittendis, aliisque similibus expediendis, vel si alio modo per dolum aut culpam, etiam levissimam, præponenti nocuerit, ad id quod interest tenetur, secundum ordinariam mandati naturam, suo loco plenius exponendam.

9. Vice versa institor quoque præponentem constringere potest ad id, ut is patiatur, rationes sibi reddi, quo maturius institor ab officii sollicitudine liberetur, arg. *l. admone* 7. *C. qui per tutores l.* 1. *§. ult. ff. de contraria tut. & utili act.* Munnos *de ratiociniis cap.* 4. *nu.* 24. Atque insuper mandati actione contraria indemnitatem consequi eorum intuitu, quæ institorio nomine erogavit in præponentis utilitatem. Quamvis etiam per modum compensationis servare possit sibi eo nomine debita, retentis pro modo debiti rerum per se institorio nomine venditarum pretiis, adhuc penes se existentibus, atque adeo inde sibi ipsi solvere, arg. *l.* 1. *§. præterea* 4. *ff. de contrar. tut. & util. act. l. quotiens tutor* 9. *§. sicut autem* 5. *ff. de admin. & peric. tut.* Berlichius *part.* 1. *conclus. practic.* 71. *numer.* 10. 11. Quin & jure retentionis sibi consulere, si forte merces quasdam, vendendas sibi a præponente datas, possideat, donec sibi debitum a præponente solutum sit; etiamsi forte præponens ipse easdem jam alteri vendidisset, ac institori mandasset, emtori tradi. Ut tamen incumbat institori, emtore ita desiderante, docere, tantum, quantum est in rebus, quas retinet, vel amplius, sibi a præponente deberi, Neostadius *Cur. Holland. decis* 45. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 74. *in med.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *cons.* 203. & 230. *in fin.* & *part.* 4. *consil.* 38. 39.

TITULUS IV.

De Tributoria Actione.

SUMMARIA.

1. *Quando locus sit actioni tributoriæ; & an ea agere possit, qui jam egit institoria?*
2. *Quorum scientia & patientia adesse debeat, ut tributoriæ actioni locus sit?*
3. *Quid veniat appellatione mercis pecularis, & in quibus distet hæc actio ab actione de peculio, ac peculium a merce peculiari?*
4. *Quibus detur hæc actio, contra quos, & ad quid agatur? Non est hic potior domini aut patris quam ceterorum causa; nec eorum, qui prius egerunt: potiores tamen sunt, qui privilegium aut hypothecam habent, vel rem vendiderunt & tradiderunt non habita fide de prædio.*
5. *Quid juris si iniqua inter creditores distributio facta sit dolo, vel errore, & quibus modis dolus per distribuentem fiat?*
6. *Si servus separatas tabernas aut negotiationes habeat, ad singulas separatim creditores in tributum vocantur: cujus contrarium in nostratibus mercatoribus obtinere quidam volunt.*
7. *Contraria sententia adstruitur.*
8. *Ad objectiones respondetur.*

1. SI quis institoria egerit actione, sed cum non recte egisset. dum merx non dominica sed peculiaris erat, ideoque nihil obtinuisset, tributoria tamen, tamquam ex alia causa descendente, agere adhuc potest, *l. sed si pupillus* 11. *§. pen. ff. de instit. act. l. quod in herede* 9. *§. eligere* 1. *ff. h. t.* Confer Ant. Fabrum *rational. ad d. l.* 11. *§. pen.* & *ad d. l.* 9. *§.* 1. Huic enim locus est, quoties filiusfamilias aut servus in merce *peculiari*, non *dominica*, negotiatus est sciente & patiente patre vel domino; non item eo ignorante, cum actio de peculio tunc movenda foret; &, si jussisset, actio pinguior quod jussu, *l.* 1. *pr.* & *§.* 2. *ff. h. t. d. l.* 11. *§. pen. ff. de instit. act. l. item si* 7. *§. interdum* 11. *ff. de Senatusc. Maced.* Nec refert, cujus sexus vel ætatis sit filiusfamilias aut servus, *l.* 1. *§. pen. l.* 5. *§.* 2. *ff. h. t.* nec utrum per se, an per institorem in merce peculiari negotietur, ac cum eo contractum sit, *l. procuratoris* 5. *§. item parvi* 3. *ff. h. t.*

2. Scientiam quod attinet, quæ scilicet non plenam domini vel patris voluntatem, sed patientiam habet, sic ut velle non debeat dominus, sed non nolle, *l.* 1. *§. scientiam* 3. *ff. h. t.* si quidem servus pupilli vel furiosi sit, tutoris aut curatoris scientia ac patientia opus est, *l. sed si servus* 3. *§.* 1. 2. *l.* 4. *ff. h. t.* si servus vicarius, domini ipsius, non ordinarii servi, scientia spectatur, *l. procuratoris* 5. *§. si vicarius* 1. *ff. h. t.* si plurium dominorum communis, scientia & patientia singulorum exigitur; alioquin ignorantes de peculio, scientes soli tributoria tenentur; &, si forte ignorans dominus actione de peculio conveniatur, deducit non modo, quod sibi, sed & quod alteri domino scienti & patienti debitum est, cum ipse sciens ac patiens id possit deducere, quotiens non tributoria, sed de peculio actio, adversus eum movetur, *d. l. sed si servus* 3. *pr. ff. h. t.* In servo fructuario quandoque domini, quandoque fructuarii scientia requiritur, prout mercis peculiaris dominium proprietario vel fructuario quæsitum fuerit, *l.* 1. *§. ult. l.* 2. *ff. h. t.* Denique scientiæ domini ac patientiæ comparatur, si procurator ejus sciverit ac passus sit, *d. l. procuratoris* 5. *ff. h. t.*

3. Locum habet hæc actio in omnis generis negotiatione, si modo in merce peculiari, per filiumfamilias aut servum exerceatur: et licet mercis appellatio angustior sit, ut neque ad servos fullones, vel sarcinatores, vel textores vel venaliciarios pertineat, tamen ad omnes negotiationes hoc edictum prætoris porrectum fuit, *l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t.* Ant. Faber *in rational. ad d. l.* 1. *§.* 1. Nec tantum ad id, quod in merce est, sed et si præter mercem servus negotiatoria instrumenta habeat in taberna, ejus exercendæ causa,

vel mancipia in negotiatione ex merce parata, *l. procuratoris* 5. §. *si praeter* 13. & 14. *ff. h. t.* vel si in peculio habeat pretium ex mercis peculiaris venditione redactum, illudve ei adhuc ab emtoribus debitum sit, *d. l.* 5. §. *non autem* 11. & 12. *ff. h. t.* Distat interim merx peculiaris a peculio, non in eo tantum, quod peculium immobilia æque ac mobilia complecti queat, merx peculiaris mobilia tantum, *l. mercis appellatio* 66. *ff. de verb. signif.* sed et, quod esse possit merx peculiaris, etsi nihil in peculio sit, dum illud non intelligitur, nisi deducto eo, quod patri dominove debetur, *l.* 1. §. *peculiarem* 2. *ff. h. t.* atque insuper actio hæc tributoria de merce peculiari perpetua sit, etiam post mortem aut manumissionem; cum ex adverso actio de peculio post extinctum morte vel manumissione peculium annalis tantum sit, *l. quia non* 8. *ff. h. t.* junct. *t. ff. quando de pecul. act. annal. est*, denique etiam tributoria pro merce peculiari emtor servi negotiantis non teneatur deficiente scientia et patientia ejus; qui tamen, ut possessor emti servi, actione de peculio conveniri potest, *l. de peculio* 10. *ff. h. t.*

4. Datur autem tributoria illis, qui crediderunt filiosfamilias vel servo negotianti in merce peculiari, et eorum hæredibus, contra patrem vel dominum, etiam bonæ fidei possessorem, ac fructuarium, quoties ad eos pertinet merx peculiaris; contra heredes non ultra, quam quatenus ex dolo defuncti ad eos pervenit; ut tamen proprio ex dolo in solidum teneantur, *l. illud quoque* 7. §. *ult. l.* 8. *l.* 9. *pr.* & §. *ult. in fin. ff. h. t.* non contra emtorem servi, ut ante dictum. Ad id, ut pater vel dominus æqualem pro rata inter se, si quid ei debeatur, ac ceteros creditores faciat mercis peculiaris, aut pretii inde redacti, distributionem: neque enim hic pater vel dominus extraneis mercis peculiaris creditoribus potiores sunt, sed par eorum cum illis causa est, *l.* 1. *pr. l. procuratoris* 5. §. *in tributum* 6. *ff. h. t.* §. *introduxit* 3. *instit. quod cum eo, qui in alien. potest.* sive ante sive post negotiationem in merce peculiari exercitam pater aut dominus filiorum aut servorum suorum creditores esse cœperint, quacunque ex causa, *l. procuratoris* 5. §. *sed est quaesitum* 7. *ff. h. t.* etsi enim peculium regulariter possint adimere, non tamen in necem aliorum creditorum, *l. non statim* 8. *in fine*, junct. *l. summa* 21. *ff. de peculio.* Neque etiam hæc actio, sicut de peculio, occupantis meliorem causam facit, sed æqualem conditionem omnium, quandocunque agentium, *l. non enim* 6. *ff. h. t.* adeo ut, si unus forte aut pauciores ex pluribus creditores desiderent, integram sibi portionem tribui, non aliter consecuturi sint, quam si cautionem offerant, pro rata se refusuros, si forte alii emerserint creditores, *l. procuratoris* 5. §. *ult. ff. h. t.* Quæ tamen non excludunt jura prælationis, quibusdam creditoribus ex privilegio personali, vel etiam ex eo, quod mercem peculiarem pignori acceperint, quæsita; quo fit, ut ipso patre vel domino in merce peculiari potiores sint, *l. procuratoris* 5. §. *quid tamen* 8. & §. *plane* 17. *ff. h. t.* nec impediunt, quo minus illi, qui merces suas vendiderunt ac tradiderunt filiofamilias aut servo negotianti in merce peculiari, fide de pretio non habita, adeoque in creditum non iverunt, easdem ut suas vindicent, tributioni exemtas, *d. l.* 5. §. *sed si dolo* 18. *ff. h. t.*

5. Quod si inæqualis mercium, tributioni obnoxiarum, aut pretii inde redacti, distributio facta sit; si quidem sine dolo distribuentis id acciderit, læsus non contra distribuentem, sed eos, qui plus justo consecuti sunt, regressum habet, vi scilicet cautioni per eos interpositæ, cum petebant ac obtinebant mercis tributionem, *d. l.* 5 §. *ult. ff. h. t.* si vero concurrente tribuentis dolo, is de suo creditoribus, ita minus adeptis, hoc damnum reparare compellitur, *l. illud quoque* 7. §. *si cujus* 2. *l.* 8. *ff. h. t.* sic ut duo actionis tributoriæ fines sint, alter, quo distributio petitur, alter quo id desideratur, ut ejus jam factæ iniquitas & inæqualitas emendetur, §. *praeterea* 4. *inst. quod cum eo, qui in alien. potest.* Dolo autem minus tributum intelligitur, non modo, cum inæqualis divisio facta est, dum distribuens negabat sciens prudens, creditoribus deberi, *l. illud quoque* 7. §. *sed & si negaverit* 4. *ff. h. t.* sed & si minus consecuti sint creditores ob id, quod dominus vel pater, quive eorum loco arbiter a prætore datus est (cum pater vel dominus ipse invitus tributionis onus subire non compellatur, *d. l.* 7. §. 1. *ff. h. t.*), ab emtoribus mercis peculiaris pretium non exegit; vel merces perire passus est; vel vilioris data opera distraxit; vel eandem avertit; quo casu & stellionatus crimen est, *d. l.* 7. §. *sed & si mercem* 3. *ff. h. t. l.* §. 1. *vers. sed & si quis ff. stellionatus.*

6. Ceterum, si servus aut filiusfamilias separatas negotiationes exercuerint, veluti sagariam & linteariam, vel etiam duas ejusdem negotiationis tabernas diversis in locis, & separatim creditores in hanc vel in illam crediderint tabernam aut negotiationem, visum fuit, eos non promiscue ad utramque mercem aut tabernam, sed separatim, oportere in tributum vocari; eo quod unusquisque eorum merci magis, quam ipsi negotianti, censetur credidisse, *l. procuratoris* 5. §. *si plures* 15. & 16. *ff. h. t.* Quod, utrum etiam ad mercatores hodiernos, pluribus in locis tabernas separatas habentes, extendi debeat, ambiguum est. Sunt enim, quibus placet hodie non singulos cujusque tabernæ creditores ad suam tabernam separatim, sed promiscue omnes ad omnium tabernarum merces, velut ad unum debitoris patrimonium, in tributum vocandos esse, Groenewegen ad *d. l.* 5. §. 15. 16. *ff. h. t.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 20. *numer.* 23. Moti tum eo, quod, qui cum mercatoribus hodiernis, liberis hominibus contraxerunt, non rebus, sed personis eorum credidisse videntur, arg. *l. ult.* §. *ult. ff. de contrah. emt. ibique DD.* & æs alienum quod quisque contrahit, totum patrimonium debitoris minuit, non certi loci facultas respicit, *l. si fideicommissum* 50. §. *tractatum* 1. *ff. de judiciis.* Tum etiam quia dispositio *d. l.* 5. §. 15. 16. peculiari nititur ratione, quod nempe servi civiliter obligari non potuerint, indeque creditores merci magis, quam servo negotianti, credidisse visi sint; ac proinde jus hoc porrigi non debuit ad hodiernos mercatores, homines liberos, ex suis contractibus civiliter devinctos. Tum denique, quia pupillo, cujus patrimonium per varias provincias dispersum, ac administrationis intuitu plures inter tutores divisum est, compensari potest, quod tutor ejus rei Asiaticæ debet Titio, cum eo, quod vicissim Titius, rei Siriacæ tutori debet; quo ipso arguitur, per separatam rerum administrationem non adstringi cer-

tis quibusdam rebus æris alieni onus, nec conditionem ejus immutari, *l. inter tutores* 36. *ff. de administr. & peric. tut.*

7. Sed hæc omnia, penitius examinata, tanti non sunt, ut propterea in universum a jure Romano recedendum foret: quod ut manifestius appareat, duos distinctos casus existimo considerari posse, quorum unus est, quando mercator pluribus in locis tabernas plures per se exercuit; alter, quando per institores, etiam mandato ad æs alienum tabernæ intuitu contrahendum instructos. Si per institores, non dubitandum videtur, quin, uti jure Romano, ita longe magis hodiernis moribus, singuli creditores separatim ad suam tabernam, in quam, seu cujus institori, crediderunt, in tributum vocandi sint. Cum enim in exercitoria & institoria actione secundum jus hodiernum obtineat, eos, qui per magistrum aut institorem navim aut tabernam exercent, liberari posse cedendo creditoribus navim totam aut tabernam, quam magistri vel institoris fidei voluerunt committere, ne alioquin in infinitum obligarentur ex facto alieno, qui non nisi rerum certarum intuitu elegerunt ac probarunt præpositorum fidem; sic ut nec personalem ullam ultra habeant actionem adversus præponentem hi, qui cum præpositis contraxerunt; ut dixi *t. de exercit. act. n.* 5. & *t. de instit. act. num.* 2. consequens est, ut magis rei seu tabernæ institoris fidei commissæ, quam præponenti aut institori, pauperi quandoque ac vili, credidisse intelligantur; neutiquam vero totum respexisse præponentis patrimonium, ad quod extra tabernam, pro debito per institorem contracto cessam, nullus ipsis aditus, nulla actio subsidiaria comparata est. Dum ex adverso, quod ex servi merce peculiari per tributoriam servari non poterat, actione tamen de peculio ex reliquo servi peculio, velut patrimonio servili, consequi potuit, qui mercis peculiaris intuitu iverat in creditum. Ut proinde hoc in casu major, quam jure Romano in tributoria actione, ratio militet pro creditoribus non promiscue, sed separatim ad singulas tabernas in tributum vocandis. Quod si ex adverso sine institoris interventu quis plures diversis in locis tabernas per se exercuerit, vel institorum opera tantum ad venditiones faciendas aliaque ministeria præstanda usus fuerit, de cetero ipse æs alienum diversarum tabernarum respectu contraxerit, merces comparaverit, nec institoribus hæc commiserit aut permiserit, non quidem eo casu eundem inficias, quin creditores extra tabernam, in quam crediderunt, ipsum exercentem devinctum habeat ad id, quod ita debet, ex reliquo patrimonio exsolvendum; quia in eo, nunc ex proprio contractu obligato, cessat ratio, cur liberaretur cedendo tabernam pro credito. Sed tamen & hic æquitati convenientius est, unumquemque ex taberna, in quam credidit, aliis alterius tabernæ creditoribus, nec non iis, qui simpliciter crediderunt, potiorem esse; ex ratione, a jurisconsulto tradita in *d. l.* 5. *§. sed si duas* 16. *ff. h. t.* ne scilicet *ex alterius re merceve alii indemnes fiant, alii damnum sentiant*; eoque dimisso, reliquis tabernarum aliarum creditoribus in id, quod superest, actionem dari; cum & hi præcipue quidem certæ tabernæ merces in credendo respexerint, sed nihilominus ipsi etiam tabernæ domino crediderint, ejusque totum patrimonium ac fidem secuti sint eo modo, quo & jure Romano illi, qui servo credebant in merce peculiari, primario quidem in tabernam credebant, eamque respiciebant, sed tamen etiam in subsidium totius peculii massam considerabant, ac ejus persequendæ gratia comparatam habebant de peculio actionem *§. ceterum* 5. *instit. quod cum eo qui in alien. potestate.* Ac pro hac separatione, vel saltem prælatione credentium in tabernam, stat statutum Antwerpiense *t.* 52. *art.* 4. Wamesius *centur.* 4. *consil.* 62. Straccha *de mercatura tract. de decoctorib. part. ult. n.* 20 *& seqq.* Mævius *ad jus Lubec. lib.* 3. *t.* 1. *art.* 10. *n.* 55. *& seqq.* & hesitanter Mantica *de tacit. & ambig. convent. libr.* 11. *t.* 25. *numer.* 33. Rodenburch *de jure conjugum part.* 1. *de statutor. diversit. t.* 2. *cap.* 5. *numer.* 16. *in med. pag.* 94. 95. Salgado de Samoza *Labyrinth. creditor. part.* 2. *cap.* 12. *n.* 73. *& seqq.*

8. Neque his contraria sunt adversæ sententiæ argumenta. Verum enim non est, dispositionem *d. l.* 5. *§.* 15. 16. *ff. h. t.* in servis solis locum habere, aut singulari niti a servorum statu desumta ratione, cum constet, tributoriam æque in filiosfamilias, ac servo, in merce peculiari negotiante locum habere; in omnibus scilicet, qui aliena in potestate & alieno juri subjecti sunt, *pr.* junct. *§.* 3. *Instit. quod cum eo, qui in alien. potestate*, *l.* 1. *§. potestate*, 4. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. *§. potestatis pen. ff. de peculio*, *l.* 1. *§. in potestate* 21. *ff. de exercit. act.* Cui consequens est, si filiusfamilias itidem plures tabernas exercuerit, etiam tunc singulos creditores in tributum separatim ad singulas tabernas vocandos fuisse; dum id, quod se servis statutum invenitur in exercitoria, institoria, tributoria, aliisque similibus actionibus, etiam in filiisfamilias eodem modo servandum fuit, quoties non aliud nominatim cautum est *pr. Instit. quod cum eo, qui in alien. potest.* Sed & secundo, si ratio illa, quod *unusquisque merci magis, quam ipsi*, in merce negotianti, *credidit*, jungatur cum altera, itidem in d. duobus paragraphis *d. l.* 5. proposita, *ne ex alterius re, merceve, alii indemnes fiant, alii damnum sentiant*; patebit satis, nisi fallor, utramque junctam in liberis hominibus æque, ac servis militare. Et quod attinet, *l.* 50. *§.* 1. *ff. de judiciis*, ea ipsa in fine *§.* 1. aperte docet, non esse perpetuum illud, quod in prioribus dictum fuerat, *non loci, sed universarum facultatum æs alienum esse; æs alienum patrimonium totum imminuere, non certi loci facultates*, sed subinde aliter evenire. Præterquam quod & iis in casibus quibus, tum jure Romano, tum hodierno usu, æs alienum imminuit totum patrimonium, nihil vetat, quo minus creditor in credendo rem unam magis, quam alteram, aut totum patrimonium respiciat, ad id, ut in ea re, cujus intuitu potissimum credidit, ceteris creditoribus potior sit: de quo dubitare nequit, quisquis considerat, magistros navium mercem transvehentes, & artifices operam rebus alienis impendentes, obligatum quidem habere rerum dominum, sed tamen rei sua opera melioratæ vel transvectæ incumbere posse, & retentione sibi consulere, donec merces aut impensa soluta sit; ac creditoribus aliis futuros potiores. Denique a compensatione debiti & crediti pupillaris, nati ex contractibus diversorum tutorum, separatis regionibus res pupillares administrantium, nihil ad prælationis quæstionem præsentem inferri potest; cum

etiam privilegiatum debitum cum non privilegiato compensari, certum atque quotidianum sit.

TITULUS V.

Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur.

SUMMARIA.

1. *Quo modo filiifamilias ex suis contractibus obligentur, & dissoluta potestate patria obligati maneant, cujus contrarium in servis est. Et quando in solidum conveniri possint sui juris facti, quando gaudeant competentiæ beneficio? Quid designetur per id, si* ex minima parte patri heredes sint?
2. *Quo modo debeat filiusfam. contraxisse, vel quasi, ut sui juris factus conveniri possit?*
3. *An in casibus, quibus filius habet competentiæ beneficium, deducat prius, quod debet his quibuscum contraxit jam sui juris effectus?*
4. *Cessat variis in casibus hoc competentiæ beneficium. An &, si conveniatur post multos annos ex quo sui juris factus est? et quid moribus obtineat?*

1. QUamvis in plerisque par filiorumfamilias servorumque contrahentium ratio fuerit; tamen illud inter alia interfuit, quod servi contrahendo solum dominum civiliter obligaverint, se ipsos vero naturaliter tantum, sic ut nec liberi facti conveniri potuerint ex conventionibus suis durante potestate dominica celebratis, *l. servi ex delictis* 14. *ff. de oblig. et action.* at filiifamilias non patrem tantum peculio tenus suis ex contractibus devinctum reddere, sed & ipsi plerisque ex conventionibus civiliter & efficaciter obligari tanquam patresfamilias, & ob id cum iis quoque, tanquam cum patribusfamilias, agi potuerit, *l. filiusfamilias* 39. *ff. de oblig. et action. l. denique* 3. §. *sed utrum* 4. *in med. ff. de minor.* 25. *annis*, sic ut cum filiofamilias contrahens duos intelligatur habere debitores; filium in solidum, etiamsi pater filio peculium ademisset; patrem de peculio, *l. si quis cum filiofam.* 44. *l.* 45. *ff. de peculio*, licet in filios, quamdiu in sacris hærent paternis, ideoque nihil fere proprium habent, executio non dirigatur, nisi peculia talia jure posteriori possideant, in quibus pro patribusfamilias haberi solent. Plane sui juris effecti, ut omnia sibi acquirunt, ac bona habent, ita quoque sententiæ contra se latæ ex negotiis, cum iis durante patria potestate gestis, executionem pati debent; in solidum quandoque: quandoque non ultra quam facere possunt, competentiæ beneficio muniti. In solidum quidem, si patri ex testamento vel ab intestato, jure civili aut prætorio, directo aut ex causa fideicommissi universalis, vel etiam per inofficiosi querelam heredes extiterint, cum id potissimum inspiciatur, an re ipsa patris patrimonium ad filios revolutum, & effectu heredes sint, *l. si filiusfamilias* 5. §. *si filio* 1. *ff. h. t.* Non ultra vero quam facere possunt quoties patri heredes cum effectu non sunt, sive pater etiamnum vivat, ut heredes ei esse necdum possint, dum emancipatione aut alio simili modo desierunt esse in vivi parentis potestate, *l. ait prætor* 2. *pr. et* §. 1. *ff. h. t.* sive patre defuncto a paterna abstinuerint hereditate, vel per exheredationem ab ea exclusi fuerint, *l. ait prætor* 5. *pr. ff. h. t. l. et exheredatum* 49. *ff. de re judicata l. denique* 3. §. *sed utrum* 4. *in med. ff. de minor.* 25. *annis*, vel eam quidem adiverint, sed coacti, in fideicommissarii utilitatem, sine lucro & damno suo, *l. si filiusfam.* 5. §. *ult. ff. h. t.* Idemque secundum Scævolam & Ulpianum in libro vicesimo nono ad edictum, causa cognita statuendum est, si ex minima tantum parte patri suo heredes extiterint, *l. ait prætor.* 2. §. *ult. l. pater* 7. *ff. h. t.* Quæ *pars minima*, quo modo accipienda sit, non æque expeditum est, quibusdam censentibus, legitimam denotatam videri quasi qua minorem pater jure suis nequeat filiis assignare; aliis rectius partem illam *minimam* comparare ad debiti contracti quantitatem accipientibus; si scilicet pars illa, quam filius ex hereditate capit paterna, non æquet mensuram debiti, durante patria potestate contracti, Ant. Faber *rational. ad l.* 2. §. 1. *in fine et ad l.* 4. *pr. ff. h. t.* Quæ posterior sententia ex eo quoque abunde firmatur, quod Ulpianus in libro eodem vigesimo nono ad edictum scripsit, etiam tunc, cum ex *parte non modica* filius institutus est, ac a creditore in solidum conventus, judicem æstimare debere, ne forte in id, quod facere potest, debeat conveniri, *l. sed si* 4. *ff. h. t.* quo ipso satis innuitur, arbitrium quoque judicis hoc casu locum invenire, ut considerata ac collocata quantitate debiti & portionis istius hereditariæ non modicæ, adeoque causa cognita, æstimet atque constituat, an filius, ad istam partem non modicam vocatus, in solidum, an quatenus facere potest, executionem pati teneatur; prout pars illa non modica sufficere potuerit aut non sufficere oneri æris alieni, durante patria potestate nati.

2. Nihil autem refert, an filius adhuc vivo patre jam in solidum condemnatus sit, nec ne, *l. si filiusfam.* 5. *pr. ff. h. t.* Nec, utrum ex vero, an quasi ex contractu conveniatur, veluti, tutelæ administratione, *l. tutorem* 37. §. *ult. ff. de admin. & peric. tutor.* Nec denique, an sponte contraxerit, an patre jubente; si modo pro se ac suo nomine contractum inierit, *l. ait prætor* 2. *l. pater* 7. *ff. h. t.* nam si in re patris, aut ex patris contractu mutuum acceperit, & se paterna abstinuerit hereditate, nullo modo, ac ne in id quidem quod facere potest, a creditoribus conveniendus esset, *l. si ex contractu* 4. *C. h. t.*

3. Non tamen ex hoc competentiæ beneficio filius prius deducit id, quod aliis debet creditoribus, quibuscum jam sui juris factus contraxerat, & adversus quos etiam exercere nequit beneficii competentiæ exceptionem, licet ea sola possideat, quæ hoc sibi servavit beneficio, cum per eos conveniretur, quibus durante adhuc patria potestate cœperat ex conventione devinctus esse: etsi enim in donatore ita jus sit, ut ex donatione conventus deducat ante, quod aliis debet; tum deinde adversus donatarium sese tueatur competentiæ exceptione; in aliis tamen contra servatur; eo quod pinguius donatori succurrendum fuit, ne liberalitate sua inops fieri periclitetur, quam ei, qui verum debitum persolvere compellitur, *l. & exheredatum* 49. *l.* 50. *ff. de re judicata*, junct. *l. sunt qui* 16. *l. inter eos* 19. *ff. eod. t. l. si filiofamilias* 53. *in fine, l.* 54. *ff. soluto matrimon. l. verum est* 63. §. *id quod* 3. *ff. pro socio*. Nec hic adversa-

tur *l. sed an hic* 3. *in fine ff. b. t.* in qua traditum *si qui sint, qui posteaquam sui juris factus est, cum eo contraxerunt, horum rationem habendam esse.* Non enim eo id sensu accipiendum puto, quasi deducendum prius esset, quod ipsis est debitum: sed potius, quod postea quam illi, qui cum eo adhuc filiofamilias contraxerunt, occupando sibi jam acquisivissent, quatenus filius conventus facere poterat, nihilominus actionem ad id, quod adhuc per beneficium competentiæ filio superest, habeant illi, qui cum eo sui juris facto contraxerint: quorum proinde recte dicitur *haberi ratio*, in quantum exceptione competentiæ excludi nequeunt, uti quidem priores, qui eum, in sacris paternis adhuc constitutum, inceperant habere obligatum, *l. tutorem* 37. *§. ult. ff. de administrat. & peric. tutorum.* Tametsi enim in *d. l.* 3. *in pr.* quæstio de eo formata inveniatur, *an hic detrahi debeat, quod aliis debetur?* responsio tamen ad quæsitum directo subjuncta non fuit, affirmando aut negando; sed magis per distinctionem declaratum, quid juris creditores habeant, tum qui, cum is alienæ esset potestatis, cum eo contraxerunt, tum qui cum eo convenerunt, postquam erat sui juris factus. De prioribus asseritur, inter eos meliorem esse occupantis & sibi vigilantis conditionem, nisi si quis privilegiarius veniat; hujus enim *non sine ratione prioris rationem habendam:* de posterioribus vero simpliciter dicitur *horum rationem habendam esse*, non ut prioribus potiores essent, aut ipsis debita primum deducerentur ex patrimonio filii, jam sui juris effecti; sed magis, ut secundum ante dicta consequerentur sibi debita, excutiendo debitorem ad peram & saccum usque, nullo amplius competentiæ beneficio juvandum. Aliter Ant. Faber in *rational. ad d. l.* 3. *ff. b. t.*

4. Ceterum hoc beneficium, ne ultra, quam facere possunt, excutiantur filii, heredibus eorum datum non est, *l. sed si* 4. *§. soli* 3. *ff. b. t.* Non locum habet, si filius conveniatur ex contractu, quem inivit postquam jam patria erat potestate liberatus, *d. l.* 37. *§. ult. ff. de admin. & peric. tutor.* aut cum se dolo malo patremfamilias per mendacium dixisset contractus tempore, *l. sed si* 4. *§. interdum* 1. *l. eum, qui* 6. *ff. b. t.* multoque minus si ex delicto, durante potestate patria perpetrato, conveniatur, *d. l.* 4. *§. quamquam* 2. *ff. b. t.* Nec denique post longum tempus, post multos annos, ex quo filius sui juris factus fuit, nisi causa cognita: quam puto esse sententiam Ulpiani, cum ait, *sed an etiam temporis haberi debeat ratio, ut si quidem in continenti cum filio agatur, detur actio in id, quod facere potest; sin vero post multos annos, non debeat indulgeri? & mihi videtur rationem habendam esse: in hoc enim causa cognitio vertitur, l. sed si* 4. *§. sed an* 4. *ff. b. t.* Quamvis enim nonnullis ea videatur fuisse mens Jurisconsulti, filium in id, quod facere potest tum demum condemnari, cum intra breve tempus ex quo sui juris effectus est, condemnatur; sed nullam omnino adversus eum esse dandam actionem post longa tempora ex contractu inito cum adhuc in potestate esset: quasi in pœnam negligentis actoris, & ne filius perpetuo maneret obnoxius ex illis contractibus, ex quibus pari acquirens jure patriæ potestatis, nullum plerumque lucrum sentiebat, Gothofredus in *notis ad d. l.* 4. *§.* 4. Rectius tamen sentiunt, qui post tempus longius non actionem, sed competentiæ beneficium cessare arbitrantur; tum quia & morte filii beneficium cessat, manente in solidum actione contra filii heredes, *d. l.* 4. *§.* 3. *ff. b. t.* tum quia ratio indulgendi filio hoc competentiæ beneficium videtur fuisse, ut filio succurreretur novam familiam instituenti, cujus caput futurus esset, ad quod multa impendia desiderantur; sic ut & impensarum talium consideratione parentes tempore emancipationis in emancipatos liberalitatem quandam exemplo dotis & propter nuptias donationis conferre consueverit, *l. ut liberis* 17. *Cod. de collation.* ubi ergo jam diu familia recte ordinata ac instructa erat, ac filius jam diu sui juris multa sibi medio tempore acquirere potuerat, non amplius ea videbatur subesse necessitas subveniendi ei, qui non ita familiæ instruendæ necessitate premebatur. Adde Ant. Fabrum *ration. ad l.* 4. *§.* 4. Minor interim hodiernis moribus tituli hujus usus est, dum liberi, si adhuc in patria potestate constituti, seu annis viginti quinque minores, contraxerint, ex suo contractu in solidum conveniri possunt, licet a paterna abstineant hereditate, quia & sibi, non patri, acquirunt: nisi restitutionis implorent auxilium, probantes, ætatis lubrico se lapsos in contrahendo ac læsos esse, Groenewegen *ad l.* 2. *&* 9. *C. b. t.*

TITULUS VI.

De Senatusconsulto Macedoniano.

SUMMARIA.

1. *Quid Macedoniano cautum sit, quæ ejus occasio? quid sit* incertis nominibus credi, nomen bonum fieri?
2. *Quid hic veniat appellatione* pecuniæ? *solum mutuum filiif. credi vetitum, alii contractus ei permissi, nisi in fraudem senatusconsulti fiat? Qui contineantur appellatione filiorumfam.? & quo tempore debuerint tales esse?*
3. *Quibus opponi possit exceptio Macedoniani? an civitati, vel minori? Quis eam opponat? an & heredes ac fidejussores? an ei locus, si mutuum sit non usurarium? an & post sententiam?*
4. *Cessat senatusconsultum in peculii, quæ filio acquiruntur, & si jussu patris aut consensu tacito mutuum datum sit. An tacitus consensus, si chirographum paterno sigillo munitum sit? an, si non protinus a scientia actum filiif. improbaverit, cum ille patre absente quasi ex mandato ejus mutuum accepisset?*
5. *Cessat, si institori nomine contraxerit, vel ei creditum in illos usus, in quos pater daturus esset. Quid si filiof. studiorum causa peregre degenti, vel ephoro ejus creditum? quid si in rem patris creditum & versum? Quid si creditum quidem, sed non versum; vel versum quidem, sed ab initio non creditum in rem patris; & quid moribus?*
6. *An locus senatusconsulto, si in fraudem patroni aut creditorum mutuum filiof. datum sit? quid si filiof. promissum, numeratum jam sui juris facto? Quid si pupillus aut minor dederit? quid si filiusf. mercator mutuum acceperit?*
7. *Quid si filiusf. publicanus fuerit? vel se patrem-*

familias dolo dixerit, vel omnium opinione pro patrefam. habitus sit, non vana simplicitate?

8. *Quid si pater, vel filiusfamilias jam sui juris factus mutuum reddiderit? quid si partem ejus sine protestatione, ne in residuum teneatur? quid si pignus dederit, in quo minus est, quam in mutuo dato?*

9. *Si filius nondum sui juris factus solverit, ipse non repetit. An, & quando pater solutum a filio repetere possit; & quid juris, si nummi soluti jam consumti sint?*

10. *An cesset, si filiusfamilias ei renunciaverit? Quid cum si jurejurando? Quid juris, si filiusfamilias passus sit se delegari? & ad id patri noceat?*

1. CUM malo more Macedo, fœnerator improbus, pecuniam incertis nominibus edendo, filiisfamiliae præstaret peccandi materiam, senatusconsulto Macedoniano cautum fuit, *ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur: ut scirent, qui pessimo exemplo fœnerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen expectata patris morte fieri, l. 1. ff. h. t.* Quamvis & ante hoc senatusconsultum jus illud jam magna ex parte penes Romano inductum fuisset, Tacito, aliisque, id testantibus, dum melius esse crediderunt, juveniles coarctare calores, ne cupidini dediti tristem exitum sentiant, qui eos post dispersum expectat patrimonium, *l. ult. §. ipsum autem 5. circa finem C. de bonis quæ liberis,* Confer Rykium *ad Tacit. annal. lib. 11. cap. 13.* Incertis nominibus credi dicebatur, cum filiofamilias dabatur mutuum, quia incertum erat, an filius ante patrem moriturus esset, an ei superfuturus; ac, si prior fato fungeretur, nihil recuperare fœnerator poterat, sin supervixisset, efficax in eum jam patrem familias, jam patris heredem, aut saltem bona valentem, actio dabatur. Quod tamen ipsum, ut nempe post parentis obitum conveniretur, cum Senatui displicuisset, tanquam peccandi materiam & parentibus insidiandi occasionem præbens; constituit, nullius filiifamilas nomen expectata patris morte posse bonum fieri; seu, non magis mortuo, quam vivo patre, efficacem fœneratori actionem competere ex mutuo, quod filiofamilias malo more numeratum esset, *d. l. 1. ff. h. t.*

2. Pecuniæ autem appellatione licet in sensu latiore res omnes contineantur, *l. rei appellatio 5. l. tantum quisque 88. l. cum stipulantur 97. l. pecuniæ verbum 178. l. pecuniæ nomine 222. ff. de verb. signif.* hic tamen proprie *numerata* tantum venit, quia pecuniæ numeratæ datio perniciosa parentibus eorum visa fuit; nisi res alias in fraudem senatusconsulti datas appareat, *l. si quis patrefam. 3. §. is autem 3. l. item si filiusf. 7. §. mutui 3. ff. h. t.* Sed & senatusconsultum is solus offendit, qui mutuum dedit; non item qui alias cum filiofamilias contraxit, puta, vendidit, locavit, stipulatus ab eo est mutuum, quod alius debet, novandi animo, vel tum pro alio mutuum accipiente fidejussorem accepit aut expromissorem, aliisve modis sine mutuæ pecuniæ numeratione ei in creditum abiit, *d. l. 3. §. 3. d. l. 7. pr. l. si quod alii 13. ff. h. t.* sive simpliciter in aliarum conventionum terminis creditum substiterit, sive in mutui speciem obligatio prior transfusa sit, dum forte filiusfamilias ex emtione pretium debens, hoc egit cum venditore, ut pecuniam ita debitam tanquam mutuam retineat; cum origo potius & initium obligationis, quam titulus actionis, considerandus sit, *l. si filiusfam. 3. C. h. t.* arg. *l. pretii causa 9. C. de rescind. vend.* nisi & hic fraus senatusconsulto excogitata fuerit, ut is, qui credere non potuit, magis ei venderet, & ille rei pretium haberet in mutui vicem; vel si colore quæsito, filiusfamilias, qui mutuum accepturus erat, alio reo dato, fidejusserit pro eo, *d. l. 3. §. 3. d. l. 7. pr. & §. 1. ff. h. t.* Nec dubitandum videtur, quin & ad ænopolas, cerevisiarios, coquos, cupedinarios, sartores, ornamentorum venditores, similesque alios senatusconsultum extendendum sit, quoties illi non ignari conditionis eorum, quibuscum contrahebant, ultra modum ad luxum crediderunt etiam filiofamilias studiorum causa absenti, *l. item si filiusf. 7. §. quod dicitur 13. ff. h. t.* junct. *d. l. 3. §. 3. d. l. 7. §. 3. l. sed si paterfamilias 9. §. hoc senatusconsultum 2. verb. ornamenta ff. h. t.* Wissenbach *ad Pand. h. t. num. 27. in med.* Nomine vero filiifamilias hic omnes continentur, qui in patria potestate sunt, sive primi sive ulterioris gradus, sive masculi sive fœminæ, *l. sed si paterfamilias 9. §. hoc senatusconsultum 2. l. filium habeo 14. ff. h. t. §. pen. instit. quod cum eo, qui in alien. potest.* Ac sufficit, quod tempore mutui numerati quis in potestate fuerit, *d. l. 3. §. ult. & l. seqq. ff. h. t.* adeo ut senatusconsulto etiam locus sit, etsi is, qui per adrogationem alieni juris factus mutuum acceperat, postea contra adrogationem restituatur, *l. 1. §. certe 2. ff. h. t.* vel in alterius patria potestate nunc sit, cum agitur, quam erat tempore mutui dati, *l. item si filiusfamilias 7. §. si filius 4. ff. h. t.* uti &, si pendeat, utrum in potestate filius sit, nec ne, dum patrem apud hostes captum habet, ac deinceps pater postliminii jure revertitur; secus, si illic moriatur, *d. l. 1. §. 1. ff. h. t.* Parumque olim interfuit, cujus dignitatis esset filiusfamilias; cum & in consule ac prætore hoc jus probatum fuerit, *d. l. 1. §. ult. ff. h. t.* Sed quia jure novo dignitates majores patriam solvunt potestatem, consequens est, nec ultra in iis, qui honoribus talibus conspicui sunt, senatusconsulto locum esse; non magis, quam in illis, qui secundum mores hodiernos per nuptias sui juris effecti sunt; licet in ea patriæ potestatis dissolutione, quæ per dignitatem contingit, illud singulare fuerit, quod patria potestas tantum tolleretur, quatenus liberis damnosa erat, non item commodorum ratione, *novel. 81. cap. 2.* cum non in favorem filiorum familias, sed in odium fœneratorum, ac patris utilitatem, ne vitæ insidias pateretur, jus hoc senatui placuisse constet, *§. pen. inst. quod cum eo qui in alien. potest. l. qui exceptionem 40. ff. de condict. indeb.* commodumque magis sit liberis, liberam, quam senatusconsulto restrictam habere contrahendi facultatem, Sande *dec. Frisic. lib. 3. t. 2. defin. 2.* Christinæus *ad leg. Mechlin. t. 9. t. 9. art. 14. n. 7. 8.* Ant. Matthæus *de oblig. disp. 9. n. 3.* Groenewegen *ad l. 1. §. 3. ff. h. t. & ad rubr. C. h. t.*

3. Quod si mutuum contra senatusconsulti prohibitionem numeratum sit, creditori certi condictione agenti, & successoribus ejus, opponitur exceptio Ma-

cedoniani, *l. item si filiusf.* 7. §. *non solum* 6. *ff. h. t.* sive privatus sit, qui credidit, sive civitas; cum & civitates privatorum jure regantur, *l. nihil interest* 15. *ff. h. t.* junct. *l. eum, qui vectigal* 16. *ff. de verb. signif.* nam &, si minor crediderit, hac quoque exceptione repelli posset. Quamvis verum sit, quandoque, causa cognita, minori credenti restitutionem indulgeri, atque ita majorem ætatis, quam senatusconsulti hujus, rationem esse, *l. si quis patremfamilias* 3. §. *proinde* 2. *ff. h. t. l. verum* 11. §. *ult. ff. de minor.* 25. *annis*, nec absurdum fuerit, minorum exemplo ipsas quoque civitates causa cognita per restitutionem hic extra ordinem juvari, arg. *l. rempublicam* 3. *C. de jure reipublicæ*, *l. respublica* 4. *C. ex quib. causis majores*, arg. *l. illud sciendum* 9. *ff. de appellat.* Adde *t. de minor.* 25. *annis*. Opponit autem hanc exceptionem non modo ipse filiusfamilias, sive durante sive dissoluta potestate patria conveniatur; sed & pater ejus, §. *pen. instit. quod cum eo, qui in alien. potest.* & utriusque heredes, *l. item si filiusfam.* 7. §. *quamquam* 10. *ff. h. t.* ac filiifamilias fidejussores & mandatores, sive vivo sive mortuo filiofamilias fidejussio facta sit; nisi donandi animo intercessissent, aut ex patris voluntate, *l. sed si paterfamilias* 9. §. *non solum* 3. *l. creditorem* 18. *ff. h. t. l. exceptiones* 7. §. 1. *de exception.* Neque interest, utrum filiofamilias sub usuris mutua data fuerit pecunia, ac sine usuris; cum ipsa pecuniæ datio perniciosa parentibus eorum visa fuerit, &, repræsentatis ex ipso mutuo dato futuri temporis usuris, fraus facile senatusconsulto fieri posset, quasi sine usuris creditum esset, *l. item si filiusfam.* 7. §. *sive autem* 9. *ff. h. t.* junct. *l.* 3. §. 3. *ff. h. t.* nec, utrum conventus ex mutuo jam condemnatus sit, an etiamnum lis pendeat; nam & post sententiam ad impediendam executionem ejus hac exceptione uti licet, *l. tamen* 11. *ff. h. t.* quod tamen secundum praxin non licere, nisi fuerit appellatum, monet Groenewegen *ad d. l.* 11. *ff. h. t.*

4. Cessat multis in casibus hæc exceptio; puta in castrensi peculio, *l.* 1. *in fine*, & *l.* 2. *ff. h. t.* ac jure novo etiam in quasi castrensi & pleno adventitio, arg. *novell.* 117. *cap.* 1. §. 1. *l. ult. pr. C. de bon. quæ liberis.* Si jussu vel consensu vel ratihabitione patris mutuum ei datum sit, *l. Zenodorus* 2. *l. si permittente* 4. *l. ult. C. h. t. si tantum* 12. *ff. h. t.* vel nepoti ex jussu avi, non item patris intermedii simul cum nepote in potestate retenti, *l. filium* 14. *ff. h. t.* ut tamen ex eo solo jussus aut ratinabitio patris non probetur, quod forte filiif. chirographum paterno sigillo signatum sit; eo quod vel imprudens pater potuisset alia ex causa circumventus signasse, vel eo inscio alius, sigilli nactus possessionem, id dolo malo impressisse, arg. *l. distrahente* 2. *C. de reb. alien. non alienand.* Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 9. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *t.* 20. *defin.* 3. Perezius *ad C. h. t. n.* 10. Bockleman. *ad Pand. h. t. n.* 5. *ante med.* Secus, si chirographo sui filiifamilias pater subscripsisset, *l.* 1. §. *sed & si servi* 4. *ff. quod jussu*, arg. *l. fidejussor.* 26. §. *pater* 1. *ff. de pign. & hypoth.* Vel si cum filiusfamilias, absente patre, cautionem conscripsisset, *quasi ex mandato ejus pecuniam acceperit*, & ad patrem literas emisisset, *ut eam pecuniam in provincia solveret*, pater non statim actum sui filii improbaverit, sed siluerit; eo quod lex patri necessitatem imposuit, ut continuo contrariæ voluntatis interponat testationem, si nolit actum sui filiifamilias ratum habere, *l. si filiusfamil.* 16. *ff. h. t.* ibique Gothofredus *in notis*, arg. *Clementin.* 1. *de procuratoribus*, Brunnemanus *ad Pand. ad d. l.* adde Menochium *de præsumt. lib.* 3. *præs.* 65.

5. Cessat insuper senatusconsultum, si institorio nomine filiusfamilias mutuum sumserit, sive patre sive extraneo præponente, in quantum institoria actio in extraneum illum, vel patrem præponentem, sine senatusconsulti exceptione datur, *l. item si filiusf.* §. *interdum* 11. *ff. h. t.* Si in eos usus ei creditum, in quos ipse pater fuisset tantundem daturus, veluti filiof. studiorum causa ex voluntate patris, aut legationis gratia absenti, *d. l.* 7. §. *quod dicitur* 13. *ff. h. t. l. Macedoniani* 5. *C. h. t.* licet tunc forte filius pecuniam illam perdidisset, *l. in pupillo* 47. §. 1. *ff. de solution.* Idemque juris esse puto, si non ipsi filiof. studiorum causa peregrinanti, sed ephoro ejus a patre constituto creditum sit. Vide Ant. Matthæum *de oblig. disp.* 9. *thes.* 11. & 12. Adhæc, si in rem patris ab initio acceptum simulque etiam versum sit; veluti, si filiusf. mutuum sumserit, ut filiam suam, vel sororem suam, quæ patris communis filia est, dotaret, vel ut æs alienum, cujus nomine pater quoque tenebatur, exsolveret, & dotaverit solveritve; cum eo casu de in rem verso actio sit, *l. item si filiusfamilias* 7. §. *sed & si filiusf.* 2. *l. filiusfamilias* 17. *ff. h. t.* Nam si acceptum quidem in rem patris, in alios tamen usus, patri non utiles, conversum sit, exceptioni locus esset, cessante tunc de in rem verso actione, *l. quod si servus* 3. §. *sed si sic* 9. *ff. de in rem verso*, *d. l.* 7. §. *proinde* 12. *in fine ff. h. t.* Uti e contrario exceptio quoque danda foret, si non in rem patris, sed suam, ab initio mutuum sumserit, etiamsi postea in patris vertisset utilitatem; cum etiam ei locus sit, si ipsi nummi mutuo dati etiamnum extent in peculio, idque secundum senatusconsulti severitatem, *l. sed si paterf.* 9. §. *hoc senatusconsultum* 2. *ff. h. t.* licet alioquin verum sit, actionem de in rem verso etiam tunc locum habere, cum ab initio non in rem domini, sed in peculium, quid acceptum versumque, mox in rem patris conversum est, *l. quod si servus* 3. §. *in rem* 1. *in fine*, *l. si res domino* 5. §. *ult. ff. de in rem verso*. Plane, si ab initio filiusfamilias simpliciter mutuum acceperit, nec expresserit, utrum in suos an in patris usus, deinde autem in rem patris verterit, statim ab initio in rem patris juris interpretatione accepisse intelligitur, ideoque senatusconsultum cessare æquum fuit, *d. l.* 7. §. *proinde* 12. *ff. h. t.* Sed, cum iniquum sit, patrem, in cujus rem versa est pecunia, contra senatusconsultum mutuata, locupletiorem fieri cum jactura creditoris, qui secundum mores hodiernos non eodem, quo apud Romanos, odio dignus est, dum exulat apud nos præsumptio voti captandæ mortis & insidiarum; atque insuper hoc jus, quo retinentur nummi contra senatusconsultum crediti, etiamnum extantes aut utiliter erogati, pertineat ad pœnas legales aliquem jure suo privantes, quæ ab usu recesserunt; praxi magis receptum fuit, senatusconsulto locum esse non oportere, quoties vel extat pecunia credita, vel in patris aut filiifamilias utilitatem versa est, Groenewegen

ad rubr. C. h. t. n. 6. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 3. *n.* 12.

6. Non etiam admittenda hæc exceptio, si libertus in fraudem patroni filiofamilias majorenni pecuniam crediderit, vel etiam minorenni, quoties ei ætatis auxilio subventum non est; quia libertus donasse magis hoc casu in fraudem patroni intelligendus est, quam contra senatusconsultum credidisse, *l. si libertus* 6. *l.* 7. *l.* 8. *ff. si quid in fraudem patroni*. Quod forsan & ad alios in fraudem creditorum mutuum filiofamilias dantes porrigendum est; cum nec pupillari tunc ætati parcatur, & tamen major ætatis quam senatusconsulti ratio sit, arg. *l. quod autem* 6. §. *si quid cum* 10. *ff. quæ in fraud. cred. facta sunt ut restit.* junct. *l. verum* 11. §. *ult. ff. de minor.* 25. *annis*. Nec minus reprobata senatusconsulti definitio est, si mutuum filiofamilias promissum quidem sit, ipseque spe futuræ numerationis ad restitutionem se devinxerit creditori futuro stipulanti, sed ei demum patrifamilias numeratum fuerit; quia expletur numeratione substantia obligationis, *l. si quis patremf.* 3. §. *ult. l.* 4. 5. 6. *ff. h. t.* Ut &, si pupillus mutuum dederit, aut minor, impetrata saltem post causæ cognitionem restitutione, si tutoris aut curatoris auctoritate numeraverint; nam si horum deesset consensus, cum minor curatore non careret, ipso jure datio nulla foret, nummique extantes possent vindicari, consumti condici, vel de his mala fide consumtis ad exhibendum agi, *l. si quis patremf.* 3. §. *proinde* 2. *ff. h. t. l. verum* 11. §. *ult. ff. de minor.* 25. *annis*, arg. §. *ult. instit. quib. alien. licet vel non* junct. *l. si curatorem* 3. *C. de in integ. restit. minor.* Quo modo etiam vindicatio nummorum patri superesset, si filiusfamilias eos dedisset mutuos, etsi liberam habuisset peculii administrationem, *d. l.* 3. *proinde* 2. *in med. ff. h. t.* Sane si filiusfamilias mercator acceperit mutuum, mercaturæ favore senatusconsultum cessare placuit, salva tamen mercatori minori in integrum restitutione, si se lubrico ætatis captum doceat, Groenewegen ad *l.* 3. §. 1. *ff. h. t.* Perezius *ad t. C. si minor se major. dixerit n. ult. in fine*.

7. Adhæc senatusconsulto locus non est, si filiusfamilias publicanus fuerit, *d. l.* 3. §. 1. *ff. h. t.* vel patremfamilias dolo malo dixerit, & ignoranti persuaserit, si modo creditor suam probabili ratione ignorantiam edoceat, *l.* 1. *C. h. t.* arg. *tot. tit. Cod. si minor se majorem dixerit*, Menoch. *de præsumt. lib.* 3. *præs.* 88. *num.* 2. vel omnium opinione, non vana simplicitate aut juris ignorantia, pro patrefamilias fuerit habitus, dum sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, ut publice paterfamilias plerisque videretur, *d. l.* 3. *pr. ff. h. t. l. Zenodorus* 2. *Cod. h. t.* Unde, si duo simul mutuum filiofamilias credidissent, quorum alter illum ejus esse conditionis sciebat, ignorabat alter, verius dicendum est, utrique nocere; cum ignorans inquirendo scire potuisset atque debuisset ex altero credendi reo, conditionem ejus, quocum contrahebat, *l. item si filiusf.* 7. §. *proinde & si* 7. *ff. h. t.* junct. *l. qui cum alio* 19. *ff. de reg. juris*, & senatusconsulti exceptio ei demum non obstet, qui scire non potuit, filiumfamilias esse eum, cui credebat, *l. pen. ff. h. t.* Confer Menochium *d. lib.* 3. *præsumt.* 88. *n.* 15. & *seqq.*

8. Denique, si pater, vel ipse filius jam sui juris factus, aut fidejussores ejus, mutuum creditori restituerint, nulla soluti per indebiti condictionem repetitio est; eo quod hæc Macedoniani exceptio illis adnumerata fuit, quæ in odium ejus, cui debetur, inductæ ipsum non perimunt vinculum naturalis obligationis, inhibentis plerumque soluti condictionem, nisi forte a curatore per ignorantiam solutum sit, *l. item si filiusf.* 7. §. *pen.* & *ult. l.* 8. *l.* 9. §. *pen.* & *ult. l.* 10. *ff. h. t. l. si pœnæ* 19. *l. qui exceptionem* 40. *ff. de condict. indeb.* Quæ eo vera sunt, ut, si pater, vel ipse filius sui juris factus, partem debiti solverit, in dubio totum intelligatur debitum ratum habuisse, ac in reliquum conventus, non ultra se possit hoc Macedoniani auxilio tueri. Et hoc voluit Ulpianus, cum scripsit, *si pater solvere cœperit*, item *si paterfamilias factus solverit partem debiti, cessare senatusconsultum, nec solutum repeti posse*. Cessat scilicet senatusconsultum, quantum ad partem adhuc exsolvendam; cessat repetitio quantum ad eam, quæ soluta jam est, *d. l.* 7. §. *pen.* & *ult. ff. h. t.* arg. *l. cum fidem* 4. *C. de non numerata pecun.* Costalius *ad l.* 7. §. *si filiusfam. ff. h. t.* Dissent. Bachovius *ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 20. *thes.* 8. *lit. a* & *b* nisi protestatus nominatim fuerit, cum partem solvebat, non ultra eam, quam præstabat portionem, probari a se mutuum ratumque haberi; cum pecuniam partim bene, partim male ac contra senatusconsultum creditam animadvertens, prohibendus non videatur bonam fidem agnoscere, atque ita partem solvere, de parte altera litigatum ire, arg. *l. ult. in fine principii ff. de exercit. act. l. quidam existimaverunt* 21. *ff. de rebus cred. l. permittendum* 8. *ff. si pars hered. pet.* Potestque protestatio hujuscemodi tacita etiam videri subesse, cum pater, vel ipse filius sui juris effectus, in mutui securitatem rem pignori dedit, debito integro exsolvendo haud sufficientem; quo casu obtinuit, senatusconsulti exceptionem non ultra denegandam esse, quam usque ad pignoris quantitatem, *l. sed si paterfam.* 9. *pr. ff. h. t.* Et sane, cum pignus solummodo accessio quædam sit, absurdum foret, ultra pretium ejus minus efficacem firmari obligationem principalem. Quod enim Zoesio placuit *h. t. num.* 23. hanc suggerere diversitatis rationem inter pignus minoris valens pro mutuo obligatum, & partis solutionem, quod solutio spontanea magis sit, pignoris vero datio coacta; probandum haudquaquam est, nec facit penitus ad rem præsentem: quia, ubi debitum tale subest, quod efficacem non habet exactionem, quale & hoc nostrum est, non minus spontaneam constat pignoris dationem quam debiti solutionem esse; dum ad neutrum compelli potest, qui ita debet.

9. Quod si filius solverit adhuc in sacris paternis constitutus, ipse quidem nummos solutos haud repetit, sive vivo patre ac durante patria potestate, sive eo jam mortuo, etsi ipse patri heres sit, *l. si non sortem* 26. §. *filius familias* 9. *ff. de condict. indeb.* sed tamen pater ejus illos extantes, licet filiofamilias donatos, vindicare potest, quia jure patriæ potestatis eorundem dominus est; consumtos condicit; nisi ea lege filiofamilias donati essent, ut is inde creditori solveret; quia tunc a donatore ad creditorem protinus pecunia videtur profecta, *l. sed si pa-*

tersam. 9. §. 1. *ff. h. t.* vel nisi nummi, a filiofamilias restituti, bona fide per creditorem consumti sint; de qua consumtione bona fide facta intelligi oportet Ulpiani verba in *l. si filiusf.* 14. *ff. de rebus credit.* uti ex adverso de consumtis mala fide, quæ idem Ulpianus habet in *d. l.* 9. §. 1. *in fine ff. h. t.* Besoldus *delib. juris ad Pand. h. t. n.* 4. nisi forte magis placeat, de consumtis dissensum fuisse veteres inter Jurisconsultos; Julianum omni casu consumtorum dedisse repetitionem, Marcellum denegasse; utriusque sententiam Ulpiani scriptis fuisse comprehensam, eam quidem, quæ Marcelli est, in *d. l.* 14. *ff. de reb. cred.* Juliani vero in *d. l.* 9. §. 1. *ff. h. t.* sed neutram ab Ulpiano, nihil in alterutro textu definiente, probatam fuisse aut improbatam.

10. Non tamen cessat hæc exceptio, si filiusfamilias ei renunciaverit: cum enim non in favorem ejus, sed in odium fœneratorum & patris utilitatem introducta sit, *l. qui exceptionem* 40. *ff. de condict. indeb.* §. *pen. Instit. quod cum eo, qui in alien. potest.* frustra filiusfamilias renunciaret juri non suo, sed publico paternoque; ut proinde nec jusjurandum talem firmare queat renunciationem; quippe quod sequitur naturam actus, cui apponitur, arg. *l. non dubium* 5. *C. de legibus.* Adde *tit. de jurejurando num.* 4. Confer Zoesium *ad Pand. h. t. n.* 27. 28. Fachineum *controv. lib.* 2. *cap.* 62. Bronchorst *miscellan. cent.* 1. *assert.* 62. Gregorium Tholosan. *syntag. jur. civil. lib.* 28. *cap.* 13. *num.* 18. Besoldum *delib. juris ad Pand. h. t. num.* 4. Ant. Matthæum *de oblig. disput.* 9. *thes.* 17. Si tamen per creditorem suum, cui poterat exceptionem opponere, alteri se delegari passus sit, ipse quidem exceptione destitutus erit adversus eum, cui delegatus est; æque, ac cariturus esset indebiti condictione, si naturalem fecisset istius debiti solutionem, *l. doli exceptio* 19. *ff. de novation.* sed non ideo patri nocitura est delegatio, quominus ipse, ex mutuo filiifamilias sui conventus, hac sese senatusconsulti exceptione tueatur; uti solutorum habuisset condictionem aut vindicationem, si filiusf. ipsius solvisset potius, quam per delegationem se devinxisset, arg. *d. l.* 9. §. 1. *ff. h. t.* præsertim, si consideremus, assimilatam solutioni in hoc ipso senatusconsulto fuisse novationem, cujus delegatio species est, *l. Zenodorus* 2. *C. h. t.* aut, si qua in parte diversitas sit, illam in eo consistere, quod novatio subinde minus quam solutio inhibeat ac subvertat Macedoniani potestatem; in quantum soluti per filium jam sui juris factum condictio nulla est, etsi facti errore lapsus solverit, ut ante dictum, contra vero, per facti ignorantiam novatione per eum, jam patremfamilias effectum, interposita, si ex stipulatione conveniri cœperit, in factum exceptione uti potest, *l. ult. ff. h. t.*

LIBER QUINTUSDECIMUS.

TITULUS I.

De Peculio.

SUMMARIA.

1. *Qui prolixius de peculio videri possint?*
2. *Quid sit peculium, & quales res in eo esse possint?*
3. *Quotuplex sit peculium in servo & filiof. & quid juris filiusfamilias aut pater ejus in singuliis peculii speciebus habeat?*
4. *Quid moribus obtineat, & an ad profectitium pertineant dona susceptoris de fonte baptismatis? quid si lucrati sint liberi ex operis suis, dum in potestate erant & a patre nutriebantur? quid si separatim negotiati sint, vel una cum patre jure societatis; vel peregre habitantes, sibi lucrentur, an tunc a patre alendi sint?*
5. *Si filius sua industria admodum auxerit parentum patrimonium, an in divisione ei aliquid jure præcipui assignandum sit?*
6. *An ususfructus adventitii peculii moribus nostris patri cedat?*
7. *Unde nascatur actio de peculio, & quibus competat?*
8. *Contra quos detur?*
9. *Ad quid tendat?*
10. *Quænam per patrem aut dominum conventum hac actione prius sint ex peculio deducenda vel non?*
11. *Quo usque moribus nostris domini & patres ex famulorum aut ancillarum aut liberorum factis obligentur?*

1. QUamvis amplissima peculiorum materia sit, quippe per universam fere jurisprudentiam dispersa; tamen, quia in singulis juris partibus etiam pro instituti ratione ejus injecta mentio est, ac definitæ pro re nata controversiæ, consultum duxi summo tantum digito prima ejus principia hoc loco tangere, ac paucis aucta ex meo juris compendio repetere, ne ordo interruptus sit: ultra quæ si quis plura de peculio congesta scire cupiat, videat Ant. Fabri *rationalia ad hunc tit.* Meyeri *collegium Argentorat.* & D. Bockelmann. *comment. ad Pand. h. t.* & D.D. *ad* §. 1. & 2. *Instit. per quas person. cuique acquir.*

2. Peculium, (quo quandoque mulieris parapherna designantur, *l. si ego Sejæ* 9. §. *ceterum* 3. *ff. de jure dot.* quandoque pecunia, præsidii causa reposita, *l. si chorus* 79. §. 1. *ff. de legatis* 3) in hoc titulo est pusilla pecunia, seu pusillum patrimonium, quod filiusfamilias aut servus a rationibus paternis aut dominicis separatum habet, *l. depositi* 5. §. 3. & 4. *ff. h. t.* ac consideratur velut quædam rerum universitas, nec corporis, sed juris nomen est. Unde cum rei vindicatio tantum in rebus corporalibus probata esset, Julianus monuit, non ita peculii, uti quidem gregis, vindicatione receptam esse, *l. vindicatio* 59. *ff. de rei vindicat.* Potest enim, exemplo hereditatis, sub se complecti omnis generis res, mobiles, immobiles, incorporales, atque

etiam id, quod dominus suo servo debet, si modo servi sui debitor manere voluerit; quod non præsumendum, si servo suo peculium legaverit, *l. quam Tuberonis* 7. *§. pen. ff. h. t.* junct. *§. si peculium* 20. *Instit. de legatis*. Et licet ex sola vestis datione non nascatur peculium, *l. peculium nascitur* 40. *§.* 1. *ff. h. t.* nihil tamen vetat, quo minus aliis cum rebus etiam vestis in peculio sit, quoties dominus ita dedit, ut eo vestitu servum perpetuo uti vellet, eoque nomine ei tradidit, ne quis alius eo uteretur, idque ab eo ejus usus gratia custodiretur, non item si dederit tantum ad certum, certique temporis usum, veluti cum sequeretur eum, vel cœnanti ministraret, *l. id vestimentum* 25. *ff. h. t.*

3. In servis quidem unius tantum generis peculium est, idque ex mera domini voluntate, non nudis verbis, sed re, per veram fictamve traditionem declarata; quod & dominus suo potest arbitrio adimere, modo ne id agat dolo malo in necem creditorum, *l. peculii est* 4. *pr. & §.* 1. *l. summa cum* 21. *ff. h. t.* In filiisfamilias vero quadruplicem lex induxit peculii speciem, puta, castrense, quasi castrense, profectitium, & adventitium. Castrense & quasi castrense pleno jure filiofamilias acquiritur, sic ut in utroque pro patrefamilias per omnia habeatur: sive de dispositione inter vivos, sive de ea, quæ ultima fit voluntate, quæstio sit. Profectitium patri in universum acquiritur, *§.* 1. *Instit. per quas person. cuique acquir.* licet filiusfamilias in eo hoc juris habeat, quod, occupatis a fisco bonis paternis pro debito fiscali, peculium hoc ei ex constitutione Claudii separetur; quia sic nullam pater patitur capitis diminutionem, adeoque perdurat potestas patria, ac termini habiles peculii manent, *l. denique §. sed utrum* 4. *in fine ff. de minor.* 25. *annis*. Quæ aliter servantur, si pater ob delictum deportatus bonorum quoque publicationem passus sit; tunc enim cum ceteris bonis patris etiam profectitium filii peculium fisco cedit, qui inde intra annum actione de peculio conveniri potest; nec separatur jam filio, quia per deportationem dissoluto patriæ potestatis nexu, non amplius peculium intelligi poterat, aut separari in gratiam ejus, qui sui juris factus est, *l.* 1. *§. alienatio* 4. *ff. quando de pecul. actio ann. est.* Adventitii proprietatem filio, usumfructum patri cedere exceptis quibusdam casibus, traditum *tit. de usufructu num.* 6.

4. Nec dubitandum videtur, quin, quantum ad acquisitionem peculiorum attinet, etiamnum hodie Romani juris dispositio in plerisque probata sit; in quantum castrense & quasi castrense filii, profectitium patris patrimonium intelligitur, ad quod profectitium etiam pertinent dona per susceptores de fonte baptismatis in infantes susceptos collata; cum non infantum intuitu, sed parentum contemplatione, hanc exerceri liberalitatem, in aperto sit; nisi aliud nominatim donationis tempore dictum fuerit, Groenewegen ad *§.* 2. *Instit. per quas person. cuique acquir.* & *ad l.* 19. *ff. h. t.* parens p. mem. Paulus Voet *ad §.* 3. *Instit. de stipulat. servor. n.* 2. *& ad §.* 1. *Instit. per quas person. cuique acquir. num.* 4. Abr. a Wesel *de connubiali bonor. societ. tract.* 2. *cap.* 2. *num.* 111. *& seqq.* usque adeo, ut etiam munera talia cum reliquis parentum bonis dividenda sint, ac ex iis quoque uxor aut filius primogenitus vas argenteum jure præcipui possit deducere illis in locis, in quibus præceptiones tales municipali lege inductæ sunt, veluti Ultraject. D. Someren *de jure novercarum cap.* 10. *sect.* 1. *num.* 3. Sed & ad profectitium reducenda, ac parentibus cedunt, quæ liberi in familia patris constituti, & patris impensis nutriti, medio tempore; eo quod ex operis quæsita cum alimentis præstitis compensanda sunt; nec ulla invidia est, ad patrem reverti, quod ex re patris quæsitum fuit, *d. §.* 1. *Instit. per quas person. cuique acquir.* arg. *l. ejus quod* 2. *C. de patr. potest.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 3 Sande *dec. Frisic. lib.* 2. *tit.* 7. *defin.* 3. Gudelinus *de jure noviss. lib.* 1. *cap.* 13. *vers. quid moribus* D. Someren *de jure novercar. cap.* 12. *n.* 7. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 4. Si tamen filius in domo patris habitans, separatim a patre negotiatus fuerit, vel etiam una cum patre, sed societatis jure, in certam quandam negotiationis partem ab eo assumtus, sibi non patri, acquiret, quæ ita lucrifecit, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *cons.* 176. *quæst.* 3. Quod multo magis tunc quoque obtinebit, cum filius non in domo patris, sed seorsim, vel peregre habitans, multum lucrifecit; quo casu vicissim quoque de suo sese exhibere debet, nec jure medii temporis alimenta a patre sibi subministrari petit, licet in assignatione bonorum parentis alterutrius prædefuncti per superstitem facta id actum esset, ut usque ad majorennitatem incumberet assignanti alendi onus, cum sufficienter alere intelligatur, qui liberos suos iis imbui curavit artibus aut opificiis, unde se honeste secundum suam conditionem possunt exhibere, arg. *l. si quis a liberis*, 5. *§. sed si filius* 7. *ff. de agnosc. & alend. liberis*, arg. *l. secundum naturam* 10. *ff. de reg. juris*, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holland. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 11. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 41. *quæst. ult. & par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 14. *num.* 2. Dissent. Vinnius *de collation. cap.* 14.

5. Quin imo si filius patri aut matri cohabitans, nec separatim, nec societatis jure, sed nomine parentis inque utilitatem ejus negotiatus fuerit, ac sua industria admodum parentis auxerit substantiam, etiam post obitum parentis ejus oportere rationem haberi, ac jure præcipui modicum quid viri boni arbitratu filio isti ante divisionem patrimonii adjudicandum esse ex æquitate, multis placet, quos citat & sequitur Groenewegen *ad §.* 2. *Instit. per quas person. cuique acquir. num. ult.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 4. Zoesius *ad Pand. tit. de collation. n.* 44. Quod longe magis probandum fuerit si acquæstus inter vitricum aut novercam & privignos dividendi sint; cum non ita novercæ vel vitrico, atque quidem parentibus, operæ a liberis debitæ sint, Sande *decis. Frisic. libr.* 2. *tit.* 7. *defin.* 3. D. Joh. a Someren *de jure novercar. cap.* 12. *n.* 7.

6. Adventitium peculium quod attinet, etsi multis in locis etiamnum obtineat, usumfructum patri quæri, secundum juris civilis definitionem; tamen apud nos & in vicinis regionibus contra servatur, nisi vel illi, a quibus adventitia in filiosfamilias collata aut devoluta sunt, nominatim parenti usumfructum concesserint, vel usufructu ad liberorum educationem opus sit, dum is non superat alimentorum

præstandorum modum, arg. *l. ult. ff. de petit. hered.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 275. *quæst.* 3. Grotius *d. lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 6. 7. Groenewegen *ad d.* §. 2. *Instit. per quas person. cuiq. acquir.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 18. *num.* 13. Parens p. m. Paulus Voet ad §. 1. *Instit. per quas person. cuique acquir. num.* 6. Abrah. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 10. *num.* 125.

7. Respectu omnis peculii servorum, & intuitu profectitii filiorumfamilias, prodita fuit actio de peculio, quæ est personalis, in rem tamen scripta, perpetua, si modo principalis actio, cujus hæc est adjectitia qualitas, perpetua sit, *l.* 2. *pr. ff. quando de pecul. act. annal. est*, ex contractu vel quasi contractu filiifamilias, aut servi, non item ex delicto, *l.* 1. §. *si filiusfamil.* 7. *ff. de his, qui effud. vel dejecerint*, nisi pater aut dominus locupletior inde factus sit, *l. & ideo* 3. §. *ult. ff de act. rer. amot. l. licet tamen* 3. §. *ex furtiva* 12. *ff. h. t.* vel filiusfamilias ex delicto jam condemnatus sit; eo quod judicio quasi contrahitur; ac proinde in partem actio judicati de peculio, quasi ex contractu est, *d. l.* 3. §. *idem scribit* 11. *ff. h. t.* Competens illis, qui cum filiofamilias aut servo contraxerunt, etiam emtoribus servi contra venditores intra annum de eo, quod emtor servo adhuc alieno credidit, deducto eo, quod in peculio servus apud emtorem habet, *l. & ancillarum* 27. §. *in venditorem* 6. *ff. h. t.* ut & fructuariis, qui cum suo servo fructuario, proprietarii intuitu contrahente, conventionem iniverunt, deducto tamen hic etiam eo, quod penes ipsum fructuarium est ex peculio, *l. si creditor* 37. §. *ult. ff. h. t.* non item, si servus fructuarius, vel alienus bona fide possessus, ex re ipsius fructuarii vel bonæ fidei possessoris quæsita, fructuario promiserit aut possessori, *l. liber homo* 18. *ff. de verbor. oblig.*

8. Datur contra patrem, & cujuscunque ætatis aut sexus dominum, ac quosvis peculii possessores, sive heredes sint, sive legatarii, sive alii, ad quos peculium pervenit, *l. licet* 3. §. 2. 3. *l. & ancillarum* 27. §. *si servus* 2. *ff. h. t.* Si plures sint domini, contra singulos in solidum, si modo apud omnes peculium sit, quo casu unus in solidum condemnatus judicio societatis aut communi dividundo consequitur a ceteris, quod amplius sua portione solvit, *d. l. et ancillarum* 27. §. *ult. ff. h. t.* Sane si plures uni domino heredes extiterint, vel plures sint peculii possessores, separatim partes peculii, non communiter totum, possidentes, pro parte tantum in singulos hæc de peculio actio, quasi scissa inter eos, danda foret, *l. item cum testamento* 14. §. 1. *l.* 15. *l. si quis servum* 29. *l. quæsitum* 30. §. *si cum* 1. *ff. h. t.* Quin imo, si alius proprietatem servi, alius usumfructum habeat, fructuarius in negotiis ex re sua vel operis servi profluentibus de peculio conveniendus est; proprietarius in aliis, *l. ex ea causa* 2. *ff. de peculio*, ut tamen excusso prius fructuario, in subsidium de peculio proprietarius teneatur, & vice versa, *l. hinc quæritur* 19. §. *potest.* 1. *ff. h. t.*

9. Tendit hæc actio ad id, ut præstetur quatenus est in peculio, cujus quantitas inspicienda tempore rei judicatæ. Unde fit, ut huic actioni etiam locus sit, licet tempore litis contestatæ nihil in peculio reperiatur; si modo termini habiles sint, ut ante sententiam quid in peculio esse possit, dum adhuc vivit filiusfamilias aut servus, ac perdurat in potestate, *l. quæsitum* 30. *pr. ff. h. t. l. Fulcinius* 7. §. *si quis actione* 15. *ff. quib. ex causis in possess. eatur*, secus, si nec sit in peculio tempore litis contestatæ, nec deinceps futurum speretur, dum morte, emancipatione, manumissione, similibusque modis, dominica vel patria potestas jam finem accepit, *l. eo tempore* 50. *pr. ff. h. t.*

10. Censetur autem esse in peculio, quod superest, deductis iis, quæ domino aut patri debentur, nec non illis, quos hi in sua habent potestate; quorumve negotia tanquam negotiorum gestores, tutores, curatores, procuratores, aliove simili modo gerunt. Cum enim in his casibus pupillo, minori, domino, tenerentur ex eo, quod non a se exegissent, quod iis debitum, quorum tractant negotia, jus fingit, eos id ipsum a se jam exegisse, ideoque illud haud amplius videri in peculio existere, *l. sed si damnum* 9. §. *peculium* 2. *& seqq. ff. h. t.* Nec interest, utrum ex contractu quid domino servus debuerit, an ex rationum reliquiis, an denique ex delicto, veluti furto, idque rei ipsius, non pœnæ intuitu, *d. l.* 9. §. *sive autem* 6. 7. *ff. h. t.* sed & quod pater vel dominus pro suo filiof. aut servo ex jussu vel fidejussione sua vel actione tributoria, vel noxali judicio conventus, solvere debuit, dum cum iis contrahi, vel pro iis fidejussit, vel minus reliquis mercis peculiaris creditoribus, sibi plus, quam oportet, ab initio tribuerat, deducere potest, quoties id in rem ipsius versum non est, *d. l.* 9. §. *ult. ff. h. t. l. ult. ff. de tribut. act.* cujus etiam necdum soluti intuitu creditores, consequentes quantum in peculio est, cavere tenentur patri dominove, se refusuros; si quid præstiterit pater aut dominus hoc nomine conventus, *d. l.* 9. §. *ult. ff. h. t.* etsi hac de re inter veteres Jurisconsultos videatur fuisse dissensus; Juliano quidem etiam deductionem ejus, quod pater aut dominus ita debet, eidem concedente. *d. l. ult. ff. de tribut. act.* Marcello melius existimante, creditores interim cautione defungi, ut medii temporis interusurium consequantur; quod & Ulpiano magis videtur placuisse, *d. l.* 9. §. *ult. ff. h. t.* Quod si servus semet ipsum mutilando deteriorem sese reddiderit, aut se ipsum occiderit, id de peculio actione conventus dominus non deducit, *d. l.* 9. §. *si ipse servus* 7. *ff. h. t.* uti nec, si in noxali judicio non litis æstimationem obtulerit, sed ipsum servum noxa dando liberatus sit, *l. si noxali* 11. *pr. ff. h. t.* Quod si plures sint heredes unius domini, singuli pro rata conventi etiam pro rata tantum parte deducunt, *l. item cum testamento* 14. *ff. h. t.* Et, si plures sint peculii possessores, si quidem pro sua tantum parte conveniantur, non ultra id, quod sibi debitum, deductionem habent; sin unus eorum in solidum, quod fieri potest, cum non pro diviso, sed communiter omnes peculium tenent, etiam ejus, quod reliquis est debitum peculii possessoribus, deductionem habet, *l. sed si duo* 15. *ff. h. t.*

11. Ceterum moribus hodiernis domini ex famulorum & ancillarum contractibus aut factis, quibus ipsi auctoritatem ac consensum non accommodarunt, non tenentur ultra mercedem pro operis constitutam & necdum solutam; nisi aliud municipali lege certis in casibus inveniatur dispositum, Mantica *de tacitis & ambig. convent. libr.* 8. *t.* 10. *numer. ult.*

Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 49. Groenewegen *ad rubric. ff. h. t.* Confer quæ dixi *t. de noxal. action. num. ult.* Similiter nec parentes ex contractibus liberorum, Grotius *d. libr.* 3. *cap.* 1. *numer.* 48. adde *d. numer. ult. tit. de noxal. act.* Hinc & si filius post mortem patris solverit debitum, quod ipse durante patria potestate contraxerat, nullam eo nomine a reliquis patris heredibus repetitionem habet; cum absurdum esset, magis heredes patris, quam ipsum patrem, devinctos esse, Groenewegen ad *l.* 30. *ff. h. t. et l.* 38. *ff. de condict. indeb.* nisi vel jussu patris contraxisset, vel pater pro eo, arg. *tot. t. ff. quod jussu.* Quod apertius intelligitur, si consideres, solos minores apud nos & plerosque alios in patris esse potestate, eamque tutelæ seu curæ exemplo finiri per majorennitatem; ut dictum *t. de adoption. numer. ult.* Si enim filium natu majorem contraxisse concipias, ipse efficaciter, utpote sui juris, obligari potest ac judicio conveniri; patrem autem nullo modo obligatum reddit, uti ipso etiam jure Romano nulla ex filii emancipati contractu in patrem actio erat. Si vero durante minorennitate eum fingas contraxisse, si quidem jussu & auctoritate vel ratihabitione patris, qua talis, dubium vix esse potest, quin pater non peculio tenus, sed in solidum, obligatus sit: sive tunc pater possideat adventitia quædam ad suum filiumfamilias pertinentia, quorum legitimus administrator est, sive nulla omnino, arg. *d. t. quod jussu,* sin sine patris voluntate, nec patrem, nec sese, efficaciter obligat, nisi quatenus inde ipse vel pater locupletior factus est; cum constet, minores ob lubricum ætatis sine curatoribus contrahendo non posse semet obstringere, ideoque invitos nunc recipere curatorem; sed potius ipso jure nullum esse, quod ita gestum est, exemplo eorum, quæ jure civili per pupillos sine consensu tutoris acta erant; adeo ut nec restitutionis auxilio opus sit, etsi ex abundanti forte imploretur, & solutum, velut indebitum, condici possit, arg. *l. quod pupillus* 41. *ff. de condict. indeb. l. in caus.* 16. *pr. ff. de minor.* 25. *annis*, Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 1. *defin.* 1. Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 214. Anton. Matthæus *de obligat. disput.* 9. *thes.* 19.

TITULUS II.

Quando de peculio actio annalis est?

SUMMARIA.

1. *Quamdiu duret actio de peculio post extinctum peculium? & quo modo extinguatur peculium?*
2. *Quis teneatur actione de peculio, si extraneo vel ipsi servo manumisso peculium legatum & traditum sit?*
3. *Alienato servo, an, & quando partim contra alienantem, partim contra eum, in quem alienatio facta, agi de peculio possit?*
4. *Quamdiu duret actio de peculio, si pater jure potestatis in filiof. castrense peculium successerit?*
5. *Quis moribus conveniendus, si filiusfamilias mortuus sit?*

1. SI peculium extinguatur, (quod fit morte etiam tum, cum servus ordinarius moritur, si cum vicario contractum sit, *l. servus* 17. §. 1. *ff. de in rem verso*, uti & emancipatione, manumissione, alienatione, aliisque modis, at non captivitate, propter postliminii jus, *l.* 1. *pr. l.* 2. §. 1. *& passim ff. h. t.*) actio quoque de peculio perit. Sed ne casus improvisus creditoribus sine sua culpa noceat, prætor eam extendit usque ad annum utilem, ex eo tempore computandum, ex quo primum ab extincto peculio experiundi potestas fuit, *l.* 1. §. *annus* 2. *ff. h. t.* nisi principalis actio temporis brevioris spatio per leges circumscripta sit, veluti redhibitoria sex mensibus durans & quanti minoris æstimatoria certis in casibus; tunc enim nec ultra hæc adjectitia de peculio actio extendenda foret, *l. cum post* 2. *ff. h. t.* vel nisi quis servum vendiderit cum peculio, nec nominatim id egerit, ut pro peculio, sed simpliciter ut pro servo pretium acciperet, ac peculium tradiderit; tunc enim ne intra annum quidem in venditorem, sed contra solum emtorem actio est. Idem servatur, si heres accepta certa quantitate jussus sit peculium dare. Cum enim his in casibus nec venditor nec heres peculii pretium habere intelligatur, videri non potest penes eum peculium esse, *l. si ex duobus* 32. §. *ult. l.* 33. 34. 35. *ff. de peculio.* Estque hic fructuum etiam & accessionum & decessionum peculii jam extincti habenda ratio, perinde ac si peculii qualitas extincta non esset, *l. ult. ff. h. t.*

2. Si Peculium servile extraneo legatum sit, vel ipsi servo per testamentum manumisso, contra manumissum vel extraneum peculii legatarium, tanquam peculii possessorem, actio datur, non contra heredem, qui peculium desiit penes se habere, *l.* 1. §. *per contrarium* 10. *ff. de dote prælegata*, si modo heres a legatario peculii, sive manumisso, sive extraneo, caveri sibi curaverit, se contra peculii creditores defensum iri: ea enim cautione non exacta si peculium legatariis tradiderit, ipse nihilominus conveniendus esset, *l.* 1. §. *item heres* 7. *ff. h. t.* arg. *l. quod in herede* 9. §. *ult. ff. de tributor. act.* etsi veterum jurisconsultorum dissensum agnoscat Wissenbach ad *Pand. vol.* 1. *disput.* 29. *thes.* 18. & 19.

3. Quod si servus alienatus sit, extra casum venditionis cum peculio, (de quo supra) creditor ab initio quidem potest actionem de peculio ita dividere, ut a novo domino partem, partem a pristino intra annum petat, *l. & ancillarum* 27. §. *servus* 2. & §. *illud* 3. *ff. de peculio.* Sed si cum uno eorum litem in solidum jam contestatus sit, dividere actionem postea nequaquam potest, & alterum pro parte convenire, nisi in subsidium, excusso jam ac non sufficiente eo, quem prius cœperat in solidum convenire, *l. quotiens in taberna* 47. §. *si creditor* 3. *ff. de peculio*, in qua lege verba, *re integra*, non denotant, *si litem contestatus necdum sit*, sed potius, Gothofredo interprete, *si nondum partem debiti consecutus sit*, cum jam cœpisset in solidum uni litem movere.

4. Quamvis autem actio de peculio tantum ad paganicum, non item castrense, proprie pertineat; tamen si mortuo filiofamilias pater in ipsius intestati peculium jure patriæ potestatis successerit, etiam æs alienum nec ultra modum peculii castrensis, nec post annum utilem, jure prætorio solvere cogitur: qui, si testamento scriptus heres sui filiif. extitisset,

perpetuo civiliter, ut heres, in solidum conveniri possit, *l. pater qui* 17. *pr. ff. de castrensi peculio*.

5. Sed nostris moribus, si filiusfamilias, id est minor annis viginti quinque, vivo patre mortuus sit, non pater intra annum ex ejus contractu actione de peculio, sed potius filii defuncti heredes in solidum conveniendi sunt; adeoque & ipse pater, ubi filii heres est, Groenewegen *ad l.* 5. *C. ad Senatusc. Macedon.*

TITULUS III.

De in rem verso.

SUMMARIA.

1. *Quae sit ratio introductae actionis de in rem verso; quibus detur, contra quos, & ad quid?*
2. *Non sufficit in rem patris acceptum esse, sed & versum esse debet; nec datur actio ultra quam versum est. An necesse, ut & duret utilitas versi?*
3. *Quid juris, si ab initio non sit in rem patris acceptum, sed postea tamen versum?*
4. *Quales impensae hac actione repeti possint? an, & quando voluptuariae? voluptuariae quandoque fiunt utiles.*
5. *Quibus modis censeatur quid in rem patris versum, ut actioni huic locus sit? qua occasione casus quidam dubii recensentur.*
6. *Quibus in casibus cesset hac actio? & in quibus differat haec de in rem verso ab actione de peculio?*
7. *Quid juris circa actionem de in rem verso, si filiusfam. pecuniam mutuatus sit, ad vestem emendam, si pecunia perierit, & vestis tamen emta sit?*

1. FUndamentum ac ratio introductae actionis de in rem verso est, quia contra naturalem aequitatem visum fuit, dominum patremve cum alterius jactura reddi locupletiorem: unde & regulariter toties de in rem verso actio esse potest, quoties procurator mandati, vel qui negotia gessit negotiorum gestorum habet actionem, quotiesque aliquid consumsit servus aut filiusf. quo aut meliorem rem dominus paterve haberet, aut non deteriorem, *l. quod si servus* 3. §. *& regulariter* 2. *ff. h. t.* Datur autem illis, qui in rem patris vel domini crediderunt filiof. aut servo; contra patrem vel dominum, licet pupillum aut furiosum, *l. pater pro filia* 20. §. 1. *ff. h. t.* ad id ut praestetur quatenus in rem versum est; una cum usuris ex pacto vel mora, si principale negotium, cui accedit qualitas actionis de in rem verso, bonae fidei sit, forte venditis servo iis, quae ad familiae sustentationem aut aedium dominicarum fulturam necessaria sunt; secus si stricti juris negotium sit, quod in datione mutui in rem domini convertendi, similibusque contingit, *l. si pro patre* 10. §. *sed utrum* 5. *ff. h. t.* junct. *l. atquin natura* 19. §. *non tantum* 4. *ff. de negotiis gestis*.

2. Nec refert, utrum pater dominusve sciverit, an ignoraverit, in rem suam creditum esse; si modo creditum vere & cum effectu in rem versum sit: neque enim sufficit, in rem patris aut domini acceptum esse, si postea non versum, sed inutiliter consumtum sit; sed curiosus esse debet creditor, quo vertatur, etiamsi is servus fuerit, qui solitus erat accipiens vertere; ne alioquin credulitas creditoris domino obesset, vel calliditas servi noceret, *l. quod si servus* 3. §. *sed si sic* 9. *ff. h. t.* ideoque, si pars tantum versa sit, etiam de parte tantum haec actio danda foret, *l. si pro patre* 10. §. *in rem* 4. *ff. h. t.* in quo differt ab exercitoria & institoria, ubi sufficit in usus navigii vel tabernae ab initio creditum esse, de cetero eventus non spectatur, *l.* 1. §. *unde* 9. *l. ult. pr.* & §. *ult. ff. de exercit. actione*, & merito: cum enim adsit partis aut domini navigio vel tabernae praeponentis voluntas, ac tacitum in eam rem credendi mandatum, est quod sibi imputet, cur talem praeposuerit, *d. l.* 1. §. 9. ubi e contrario in verso pater aut dominus non tam ex sua obligantur voluntate, quam potius, ne lucrum captent cum detrimento credentis, lucrum autem non est, nisi quatenus versum. Ut tamen sufficiat, quod creditum quandoque utiliter in rem partis versum fuerit, licet tempore hujus actionis morae non ultra duret utilitas versi, exustis forte aut collapsis ex terrae motu aedibus suffultis, aut frumentis ad alendam domini familiam comparatis in horreo dominico corruptis, aut deperditis sine culpa pecuniis, ut in rem domini verterentur, acceptis, *l. quod si servus* 3. §. *unde recte* 7. & §. 8. *l. servus in rem* 17. *pr. ff. h. t. l. sed an ultro* 10. §. 1. *ff. de negot. gestis*. Nam quod alibi desideratum fuit, *ut duret versum*, eo non aliud exigitur, interprete ipso jurisconsulto, quam, ut necdum a domino sit servo solutum; vel solutum quidem, sed fraudulenter in necem creditorum servo perdituro, *l. si pro patre* 10. §. *versum* 6. *ff. h. t.* Sed & si filiusfamilias in necessarios patris usus pecuniam mutuatus, eam casu amiserit, creditori non nocebit, arg. *l. in pupillo* 47. §. 1. *in fine ff. de solution. l. quod si servus* 3. §. *ult. l.* 4. *ff. h. t.*

3. Quod si ab initio non sit acceptum in rem patris vel domini, sed in peculium, ac postea tamen mutata mente per filiumf. aut servum in rem patris dominive versum appareat; hoc jure utimur, ut adhuc regulariter actioni de in rem verso locus sit; ne cum creditoris jactura ditiores fiant, *l. quod si servus* 3. §. *in rem* 1. *in fine*, *l. si res domino* 5. §. *ult. ff. h. t.* Qua ratione cum filiusf. togam emisset, eoque mortuo pater ignorans & putans suam esse, dedicasset eam in funus ejus, responsum fuit, in rem patris versum videri; funus enim filii aes alienum patris esse, *l. filiusfam.* 19. *ff. h. t.* Adde *t. de senatusc. Macedon. n.* 3.

4. Magna autem inter necessarios, utiliter, & ex voluptate versum, differentia est. Nam si quid ex necessitate in rem patris versum sit, totum, quatenus versum est, reperitur: sin utiliter tantum, etiam non ultra agi potest, quam quatenus id ipsum domino quandoque utile fuit, *l. si res* 5. *pr. ff. h. t.* Proinde, si filiusfamilias mutuam sumserit pecuniam, ut se aleret & vestiret, eatenus in rem patris vertisse censendus est, quatenus secundum consuetudinem patris, id est, usque ad modum, quem pater ei praestare consueverat, semet inde aluit ac vestivit, *l. quod si servus* 3. §. *proinde* 3. *ff. h. t.* aut si pecuniam mutuatus, pro sua filia, vel sorore, vel nepte ex altero fratre, dotem dederit, in rem patris versum videtur, quatenus avus pro nepte, vel filia,

daturus fuit, *l. & ideo* 7. *§. ult. l.* 8. *l.* 9. *ff. b. t.* Plane, si mutuo accepto filiusfamilias domum paternam exornavit tectoriis, & quibusdam aliis, quæ magis ad voluptatem pertinent, quam ad utilitatem, non videtur versum, ut propterea hæc actio danda foret; sed tantum pater pati debet, creditorem hæc sine domus suæ injuria auferre, *l. quod si servus* 3. *§. sed si mutua* 4. *ff. b. t.* si pati nolit, ad impensas, velut utiles, refundendas compellendus est, arg. *l. pro voluptuariis* 9. *ff. de impensis in rem dot. factis*, quemadmodum etiam de voluptuariis efficaciter hoc judicio agi potest, si in illas ex voluntate patris aut domini filiof. aut servo creditum sit, *d. l.* 3. *§.* 4. *ff. b. t.* sic ut illud quoque in rem domini versum Labeo dixerit, quod mutuatus servus, domino emit volenti ad luxuriæ materiam, unguenta forte, vel si quid ad delicias, vel si quid ad turpes sumtus subministravit: neque enim spectamus, an bono domini cesserit, quod consumtum est, sed an in negotium domini, *d. l.* 3. *§. nec non* 6. *ff. b. t.* Denique si ex pecunia mutua odores & unguenta servus emerit, & ad funus erogaverit, quod ad dominium suum pertinebat, placuit, in rem domini videri versum, *l. & ideo* 7. *§. illud plane* 3. *ff. b. t.* neque enim novum est, ut impensæ, quæ in se spectatæ voluptatis causa factæ intelliguntur, quarundam personarum contemplatione utiles fiant; dum in res forte promercales factæ sunt, *l. quod si heres* 10. *ff. de impens. in rem dot. factis*, vel in funus ad eum pertinens, qui impensas tales fecit *d. l.* 7. *§.* 3. *ff. b. t.*

5. Ceterum multis modis in rem patris dominive verti potest, recensitis magna ex parte in *l.* 3. *§.* 1. & 3. *ff. b. t. §. præterea* 4. *Instit. quod cum eo, qui in alien. potest.* inter quos & ille est, si filiusf. patri actionem acquisierit, *d. l.* 3. *§. idem Labeo* 5. *ff. b. t.* adeo ut, si filiusfamilias mutuatus sit, ut paternis solveret creditoribus, ac errando ei solverit, quem putabat creditorem esse, cum non esset, pater tamen de in rem verso teneatur, cum credatur hactenus locupletior factus, inque rem ejus versum, quatenus indebiti condictionem habet, *d. l.* 3. *§.* 1. *ff. b. t.* Sed & filiusfamilias pro patre solvendo & ita negotium ejus gerendo, aut judicium tanquam defensor pro eo suscipiendo, eundem actione de peculio, aut alia liberaverit, in rem versum videtur, *l. si pro patre* 10. *§.* 1. & 3. *l. si filiusfamilias* 15. *ff. b. t.* secus, si suo nomine aut ut suum gerens negotium judicium susceperit, aut fecerit solutionem, ut se ipsum liberaret, licet ita pater quoque actione de peculio liberatus fuerit, *d. l. si pro patre* 10. *§. ult. l.* 11. *ff. b. t.* Sic quoque versum credendum est, si filiusf. mutuatus nummos a me, alii eos crediderit, ut nomen faceret, non peculiare, sed quasi paternæ rationis, *l. quod si servus* 3. *§. idem Labeo* 5. *ff. b. t.* aut si mutuum acceptum patri donaverit, vel donandi animo pro eo solverit, ad id ut mutuum dans actione de in rem verso contra patrem experiri possit, *l. & ideo* 7. *§. plane* 1. *ff. b. t.* quæ tamen de in rem verso actio locum non haberet, si filiusfamilias patri donasset rem pecularem: eo quod nullus tunc creditor apparet, qui agere posset, quasi in rem patris credidisset, *l. et ideo* 7. *pr. ff. b. t.* uti nec, si filiusfamilias id, quod patrem dare oporteret, creditori patris stipulanti promiserit, animo donandi patri jam tum cum se obligabat, *l. si pro patre* 10. *§. idem tract.* 2. *ff. b. t.* perinde enim id est, ac si statim ab initio patri ex rebus peculiaribus voluisset donatum.

6. Porro cessat hæc actio, si servus, qui domini debitor erat, aliunde mutuatus domino solverit non ultra quam debet, *l. si pro patre* 10. *§. si domini* 7. *l. quidam fundum* 16. *ff. b. t.* arg. *l. licet* 3. *§. cui congruit* 7. *ff. de peculio*, aut pro libertate domino dederit; non ultra sui pretium, *l. quod si servus* 3. *pr. ff. b. t.* aut si de peculio jam actum sit, & in peculium conversum, quod in rem domini versum erat, ita ut jam præstiterit dominus ex actione de peculio, quod in rem ejus versum erat: nam si necdum præstiterit, maneret actio de in rem verso, *l.* 1. *§. ult. ff. b. t. §. præterea* 4. *Instit. quod cum eo qui in alien. potest.* Quamvis alioquin major utilitas in hac, quam de peculio actione resideat: quatenus hæc ultra annum utilem ab extincto peculio durat perpetuo: atque etiam competit, cum peculium sine dolo malo ademtum est, *l.* 1. *§.* 1. *l. filiusfam.* 19. *in fine ff. b. t. l.* 1. *§. ult. ff. quando de pecul. actio annalis est*, & in concursu creditorum is, qui de in rem verso agit, aliis tantum de peculio agentibus potior est; imo & ipso domino potior, dum is de in rem verso tenetur, licet aut parum aut nihil sit in peculio, adeoque nec dominus deducere possit, quod sibi suisque debitum est, *l.* 1. *pr. ff. b. t.* Quemadmodum ex contrario commodius est de peculio experiri, quam de in rem verso, quatenus agenti de peculio nihil ultra probandum est, quam contractum esse, ac in peculio reperiri debitam ex contractu quantitatem; cum is, qui de in rem verso agit, subire teneatur difficultatem probandi, creditum in patris dominive utilitatem versum esse, *§. ceterum* 5. *Instit. quod cum eo, qui in alien. potest. l. ei qui* 7. *l. dominum* 12. *C. eod. tit.* quam probationem etiam ex circumstantiis peti posse, patet ex *l. cum de in rem* 6. *pr. & §.* 1. *ff. de usuris.*

7. Quod si mutuatus sit pecuniam filiusfamilias ad vestem comparandam, & nummi perierint, vestisque per filiumf. nihilominus emta sit, incipit pater utrique de in rem verso obligatus esse, tam ei, qui pecuniam, quam qui vestem credidit; quoniam in rem patris ambo crediderunt: sed cum utrique condemnari patrem de in rem verso iniquum esset, placuit, meliorem esse oportere occupantis conditionem. Idemque est, si casu perierit tam vestis quam pecunia, *l. quod si servus* 3. *§. ult. l.* 4. *ff. b. t.*

TITULUS VI.

Quod jussus.

SUMMARIA.

1. *Quid sit actio quod jussu; cui, contra quem, ad quid detur? sufficit ratihabitio aut jussus tacitus.*
2. *Quibus in casibus cesset?*
3. *Cum hac actione concurrere potest mandati actio.*

1. Actio quod jussu (quæ & actio de jussu dicitur, *l. ult. ff. b. t.*) est prætoria personalis, quæ datur creditoribus, qui jubente patre vel domino cum filiof. aut servo contraxerunt, sive jussus specialis sive generalis intercesserit, *l.* 1. *§.* 1. *ff. b. t.*

contra patrem vel dominum jubentem; etiam fructuarium, aut bonæ fidei possessorem, si is jusserit, *l.* 1. §. *pen. ff. h. t.* &, si plures jusserint, contra singulos in solidum, *l. ult.* §. *si unus ex* 1. *ff. h. t.* ad id, ut eatenus solvatur creditum, quatenus jussus est interpositus, *l. dominum* 3. *ff. h. t.* quem si creditor excesserit, summam excedentem non hac, sed de peculio aut alia simili actione recuperat. Jussisse autem videtur & qui ratum habuit jam creditum, & qui contractui seu chirographo sui filiif. aut servi subscripsit, *l.* 1. §. *sed etsi* 4. & §. *ratum* 6. *ff. h. t.* adde Wissenbach *ad Pand. vol.* 1. *disput.* 27. *num.* 20.

2. Non tamen huic actioni locus est, si quis ei jusserit credi, quem non habebat in sua potestate, veluti servo prorsus alieno; licet eum postea redemerit; ne actio, quæ ab initio inutilis erat, eventu confirmetur, *l. si tutoris* 2. §. *ult. ff. h. t.* vel, cum jussisset suo heredi filiofamilias, jussus revocatus sit, antequam crederetur, *l.* 1. §. *sed ego* 2. *ff. h. t.* vel tantum quis jusserit contractus executionem, sic ut sui servi aut filiif. tanquam nuncii ministerio usus sit, *l. ult. pr. ff. h. t.* vel pro suo filiofamilias aut servo contrahente fidejusserit; quia sic non ut pater aut dominus, sed ut extraneus consideratur; sive utiliter fidejusserit, sive inutiliter, *l.* 1. §. *quid ergo* 5. *ff. h. t.* aut pupillus jusserit sine tutoris auctoritate, *l.* 1. §. *si pupillus* 7. *ff. h. t.* Sane, si tutor aut curator, aut procurator, aut is, qui administrationi rerum civitatis præpositus est, servo pupilli vel adolescentis vel civitatis credi jusserit, magis est, ut cum his agi quod jussu possit, si modo ex utilitate eorum creditum sit, *l.* 1. §. *ult. l.* 4. *ff. h. t.*

3. Nec dubium quin directa quoque mandati actione conveniri possit pater dominusve de eo, quod filiofam. suo servove credi mandavit, §. *ult. Instit. quod cum eo, qui in alien. potest.*

LIBER SEXTUSDECIMUS.

TITULUS I.

Ad Senatusconsultum Vellejanum.

SUMMARIA.

1. *Ratio Vellejani introducendi, quid eo cautum sit non ipso jure, sed ope exceptionis mulieres tutas esse, paucis casibus exceptis.*
2. *Quibus detur hac exceptio? an & fidejussoribus mulieris, aut delegatis a muliere, cum mulieris debitores non essent? an & iis, qui ex mulieris mandato pro aliis fidejusserunt?*
3. *Cui opponatur? quid si creditor sciverit mulierem intercedere? quid si ignoraverit, sed mulier in dolo sit?*
4. *Opponi potest etiam post sententiam; & tunc reviviscunt cum sua qualitate, aut nascuntur actiones in pristinos debitores ac fidejussores, mediante in integrum restitutione ex generali clausula edicti prætorii.*
5. *Peti potest restitutio actionum, licet pendeat conditio vel dies intercessioni apposita, vel pristina actio acceptilatione sublata sit, vel mulieri creditor, aut mulier debitori veteri heres extiterit.*
6. *Non restituenda actio pristina, si mulier intercesserit pro obligatione inefficace, vel per aliud remedium ordinarium creditori consultum sit.*
7. *Quid juris, si mulier una cum masculo intercesserit?*
8. *Recensentur plurimi modi, quibus mulieres intercedunt. An & promissione indemnitatis, per distinctionem explicatur. Non interest, pro quo intercedat.*
9. *An mulier huic beneficio efficaciter renunciare possit in judicio & extra judicium, publico vel privato instrumento? Quid si, cum intercessisset interventu renunciationis, brevi post alio in negotio intercedat sine renunciatione? An & ex circumstantiis renunciatio colligi possit?*
10. *An eo ipso, quo renunciavit Vellejano, etiam renunciasse censeatur authenticæ si qua mulier? An isti authenticæ renunciare possit? recensentur casus, quibus & sine beneficiorum renunciatione uxor efficaciter pro marito intercedit.*
11. *Recensentur plurimi casus, quibus cessat exceptio, inter quos de solutione sine pravia intercessione, de donatione, dolosa vel post biennium repetita intercessione, solutione debiti mulieri facta, præmio accepto pro intercessione, de intercessione apud minorem, vel pro debito, ad quod & sine intercessione obligata erat; de muliere publica mercatrice, & ea quæ dignitatem ac regalia habet?*

1. Cum multis rerum documentis compertum esset, mulieres sexus sui fragilitate sæpe contra propria commoda laborare, sæpe captionibus aliorum reddi obnoxias, sæpe rei familiaris periculum subire, *l.* & *primo* 2. §. *verba* 2. *ff. h. t. l. si mulier* 22. C. *h. t. pro Instit. quibus alien. licet vel non*, visum Romanis fuit, huic occurrere imbecillitati; unde primo quidem Augusti, mox Claudii edictis interdictum, ne pro viris suis fœminæ intercederent, *l.* 2. *pr. ff. h. t.* post quæ subsecutum senatusconsultum Vellejanum, Marco Silano & Vellejo tutore Consulibus (non ordinariis, sed suffectis, cum horum nomina in fastis haud occurrant, indeque etiam tempus originis hujus senatusconsulti incertum sit) quo plenissime mulieribus omnibus subventum est, dum comprehensum, ne pro ullo fœminæ intercederent, *l.* 1. *pr. l.* 2. §. 1. *ff. h. t.* indulta ipsis, ex sua intercessione conventis, favorabili Vellejani senatusconsulti exceptione, *l. qui exceptionem* 40. *ff. de condict. indeb.* Licet enim quandoque adversus eas ex intercessione prætor actiones deneget, secundum veterem judiciorum ordinem, quo actiones summo ju-

re competentes prætor non dabat, ubi eas exceptione elidendas esse certum erat; atque insuper totam senatus improbet obligationem, *l. si mulier contra* 16. §. *si ab ea* t. *in fine ff. h. t.* ac denique vulgo obtineat, nullum esse, quod contra leges gestum est, *l. non dubium* 5. C. *de legibus*, hic tamen placuit, non ipso jure, sed sola exceptionis ope eas tutas esse, *l.* 40. *ff. de cond. indeb. l. exceptiones* 7. §. 1. *de exception.* nisi ex novis legibus sine publico instrumento intercessissent, *l. antiqua* 23. §. *ult.* C. *h. t.* vel jure novo pro maritis suis, *auth. si qua mulier* C. *h. t.* ante enim hoc quoque casu exceptionis hujus auxilio debebant defendi, *l.* 1. C. *ne uxor pro marito.*

2. Opponit hanc exceptionem non tantum ipsa mulier, sed & heredes, ac fidejussores, sive ex mandato mulieris pro ea fidejusserint, sive sine mandato ejus; quia senatus totam improbavit obligationem, voluitque, hanc exceptionem in rem, non in personam esse, *l. si mulier* 16. §. 1. *ff. h. t. d. l. exceptiones* 7. §. 1. *ff. de exceptionibus*, *l. si uxor pro* 15. *l. heredes* 20. C. *h. t.* Sande *decis. Frisic. l.* 3. *tit.* 11. *defin.* 7. Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 3. *n.* 18. 19. 20. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 21. *defin.* 7. is quoque qui, cum debitor mulieris non esset, a muliere delegatus fuit; cum perinde habeatur, ac si mulieris fidejussor esset, *l. quamvis pignoris* 8. §. *sed si is* 4. & §. *sed si eum* 6. *ff. h. t.* quive ex mulieris mandato pro aliis intercessit, si modo in bona fide sit, ignarus in fraudem senatusconsulti id agi a creditore, ut ipsum potius haberet obligatum quam mulierem contra senatusconsultum intervenientem, *l. si fidejussores* 6. *l. si decipiendi* 30. §. 1. *l. ult.* §. *si mulier* 3. *ff. h. t.*

3. Opponitur creditori, ex intercessione mulieris agenti, si is mulierem intercedere non ignoraverit, *l.* 1. C. *h. t. l. immo tunc* 12. *l. Seja mancipia* 28. §. 1. *ff. h. t.* uti & heredi ejus, arg. *l. apud Celsum* 4. §. *adversus parentes* 16. *ff. de doli mali & met. except.* Nec his adversatur rescriptum Impp. in *l. si fœnebris* 13. C. *h. t.* cum ajunt, *mulierem decreto patrum non adjuvari, licet creditor causam contractus non ignoravit.* Etenim vel pro *licet* reponendum *nisi* cum Hottomanno, & Wissenbachio *ad d. l.* 13. C. *h. t.* vel secundo, dicendum, mulierem in specie *d. legis* 13. non intercessisse, sed tantum ab initio simpliciter ac pro se mutuam sumsisse pecuniam: licet eam postea pro marito erogaverit, creditore non ignorante, eam mariti instigatione fœnebrem illam accepisse pecuniam, ut deinceps illam novis blanditiis maritalibus permota, in usus mariti in totum aut pro parte erogaret. Qualis legis hujus sensus vel ex eo evincitur, quod Imperatores ibidem voluerunt, cessare exceptionem, *sive tota quantitas fœnoris, sive pars ejus, in usus mariti processisse proponatur.* Quippe quæ verba supponunt, non tam ab initio pecuniam omnem in usum mariti fœnori acceptam fuisse, quam potius postea ad desiderium mariti, magis aut minus uxorem flectere ac movere valentis, in ejus usus in totum vel pro parte versam: quod diversum est ab ea facti specie, qua mulier statim ab initio, creditore sciente, nummos capiebat mutuos, non in suum, sed mariti usum; quo ipso mulierem intercedere, & senatusconsulto locum fore, dubium non est, arg. *l. si mulier* 11. *l. vir uxori* 17. *pr. in med. ff. h. t.* Similem sane factorum diversitatem jus diversum constituentem observare licet in *l. ult.* §. *item si mulier* 2. *ff. h. t.* junct. *l. Senatusconsultum* 4. C. *h. t.* si enim mulier ab initio simpliciter sua prædia vendiderit, deinde pro marito pecuniam inde redactam solverit, intercessio non est, deficitque auxilium senatusconsulti, *d. l.* 4. C. *h. t.* sed si fundum suum statim ab initio ea lege distraxerit, ut pretium cederet pro debito mariti, vel etiam debitoris extranei, venditio contra senatusconsultum facta creditur, *d. l. ult.* §. 2. *ff. h. t.* Quod si mulierem intercedere creditor nesciverit, si quidem & ipsa mulier extra dolum sit, adhuc exceptionem ei dandam placuit, *d. l. vir uxori* 17. *pr. ff. h. t.* si vero illa fraudulenter apud creditorem ignorantem intercesserit, non est obstitura creditori hæc exceptio, dum forte tanquam in usus suos pecuniam acceperit, alii creditura; quia alioquin nemo cum fœminis contraheret, cum ignorari possit, quid acturæ sint, *l. si mulier* 11. *l. bona fide* 27. *ff. h. t.* Ut tamen creditorem oporteat in inquirendo diligentiorem esse, si mulier non de novo contrahat, sed obligationem ante contractam suscipiat; cum non tam facile eo casu ignorantiæ allegatio aut præsumtio admittatur, *d. l. vir uxori* 17. *pr. ff. h. t.* Confer Cujacium *tract.* 4. *ad Africanum ad l.* 17. *ff. h. t.* Wissenbachium *ad Pand. h. t. n.* 11.

4. Ceterum allegari potest hæc exceptio non modo ante & post litem contestatam, sed & post sententiam, ad impediendam executionem ejus, *l. tamen*; *si* 11. *ff. de senatusc. Macedon.* Cum enim soluti repetitio mulieri detur, *l. qui exceptionem* 40. *ff. de condict. indeb.* dolo malo faceret victor, executionem sententiæ sibi solvi desiderans, quod mox restituturus est, *l. dolo facit* 8. *ff. de doli mali & met. except.* Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 292. Eaque opposita, vel saltem competente, licet opposita necdum sit, creditoribus in pristinos debitores & fidejussores actio reviviscit, vel restituitur, si per occasionem intercessionis extincta sit, vel de novo nascitur, si pro alio, alioquin contracturo, mulier contraxerit, veluti mutuum accipiendo pro eo, qui mutuum suos in usus fuisset accepturus: *l.* 1. §. *ult. l. quamvis* 8. §. *quamquam* 11. & *seqq. l.* 9. *l. si mulier* 14. *l. ult. in fine ff. h. t.* Restituitur autem cum sua causa & qualitatibus, adeo ut, si pro eo, qui temporali actione tenebatur, mulier intercesserit, temporalis actio redintegretur in tantum tempus, quantum supererat, cum primitus intercessione muliebri extingueretur, *l. debit.* 24. §. *ult. ff. h. t.* Et actiones quidem pristinæ, quæ reviviscunt, *restitutoriæ* appellantur, & *rescissoriæ*, quia dantur rescissa intercessione & liberatione, quæ ob intercessionem mulieris contigerat, atque ita restituuntur, *l. quamvis* 7. §. *Marcellus* 9. & §. *quamquam* 11. 12. 13. *l. ult.* §. *ult. ff. h. t. l. si mulier alienam* 16. C. *h. t.* eæ vero, quæ primitus in eum nascuntur, pro quo mulier contraxit, *institutoriæ* ab interpretibus dicuntur, quia instituunt magis, quam restituunt obligationem, *d. l. quamvis* 8. §. *pen. ff. h. t.* Non tamen existimandum, ipso jure has reviviscere aut nasci actiones: sed potius in id impetranda per creditorem restitutio in integrum ex generali clausula edicti prætorii, qua promisit, *se in integrum restituturum, si qua alia sibi causa justa esse videretur*,

quoad ejus per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum liceret, l. 1. in fine ff. ex quib. caus. majores 25. annis in integr. restit. junct. l. si mulier contra 14. ff. h. t. & ang. l. debitrix 24. §. ult. ff. h. t. junct. l. sed & si 26. §. si feriæ 7. ff. ex quib. caus. majores. Licet enim in d. l. 24. §. ult. dicatur, statim, atque intercessit mulier, competiisse, id tamen vel cum Wissenbachio ad Pand. h. t. n. 5. ita accipiendum est, quod statim actio restitutoria competat creditori, petere volenti, pristinam sibi reddi actionem: vel intelligendum non de ipsa actione, quæ restituitur, sed de petitione restitutionis in integrum, ad recuperandam actionem quæ muliebri intercessione extincta fuerat. Ut proinde sensus sit, actionem temporalem restitutam adhuc per tantum temporis spatium durare post restitutionem, quantum supererat, cum primitus per intercessionem mulieris extinguebatur, licet videri possit aliqua subesse culpa creditoris, quod, cum statim petere potuisset actionis restitutionem, petitionem ejus distulerit donec Vellejani exceptione per mulierem opposita excluderetur, arg. l. aliquando 13. §. ult. ff. h. t.

5. Neque hanc actionis pristinæ restitutionem impedit, quod forte dies aut conditio, sub qua mulier intercessit, adhuc pendeat; cum etiam, pendente conditione, volenti creditori cum priore actio danda sit restitutoria; neque enim bonum visum, expectare conditionem vel diem; cum in ea causa sit prior iste debitor, ut omnimodo, sive existente sive deficiente conditione, ipse debeat suscipere actionem, l. aliquando 13. §. ult. ff. h. t. arg. l. debitrix 24. §. si senatusconsulti 2. ff. h. t. Sed nec restitutioni pristinæ actionis obest, quod mulieri intercedenti credito jam accepto tulerit debitum, cum nihil ea acceptilatione videatur actum, quippe qua inanem tantum dimisit obligationem, l. quamvis 8. §. Marcellus 9. ff. h. t. Uti nec, quod ipsi debitori creditor accepto tulerit, sive ante, sive post interpositam a muliere intercessionem, si modo acceptilatio contemplatione intercessionis muliebris facta sit, ut nempe tota obligatio a reo principali in mulierem translata esset, d. l. 8. §. quotiens 7. ff. h. t. Nec denique, quod mulieri creditor heres extiterit, cum non obligatæ cum effectu successerit, quodve mulier ipsa veteri debitori, pro quo intercessit, heres sit, cum ipsa, qua heres, restitutoria conveniri tunc possit; sed & directa, dum nihil ejus interest, qua actione conveniatur, d. l. 8. §. si mulieri 12. & 13. ff. h. t. confirmata scilicet per hereditatis aditionem muliebri obligatione, quæ ab initio propriis viribus non consistebat, Cujacius lib. 15. observ. 11.

6. Non tamen restituenda actio pristina, si mulier intercesserit pro obligatione non efficace, veluti pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato; vel pro eo sine tutore contracturo ipsa contraxerit, nec is inde locupletior factus sit, l. quamvis 8. §. ult. ff. h. t. Non etiam necessaria actio restitutoria, si aliud remedium ordinarium supersit, quo creditori potest consultum esse, puta si convenerit cum debitore, ut expromissorem daret, & ita acceptum, quæ auxilio senatusconsulti munita est: cum enim is, qui fidejussorem aut expromissorem se daturum promisit, mulierem dando non censeatur implevisse promissionem, l. qui satisdare 3. ff. de fidejussor. locus esse potuit condictioni causa data causa non secuta ad recuperandam actionem, quæ per acceptilationem, causæ futuræ seu secuturæ expromissionis intuitu factam, sublata erat, d. l. quamvis 8. §. si convenerit 8. ff. h. t. junct. l. si mulier ei 15. ff. de condict. caus. non secuta. Quin &, si pro debito pristino pignus a debitore obligatum sit, & mulier eodem pro debito intercesserit, non est creditori nova opus actione restitutoria; cum quasi Serviana hic utilis sit; quia verum est, convenisse de pignore, nec pecuniam solutam esse, nec cum effectu fuisse creditori eo nomine satisfactum, l. aliquando 13. §. 1. ff. h. t. ibique Ant. Faber in rational.

7. Quod si mulier una cum masculo intercesserit, subducta mulieris persona, solus masculus in solidum a creditore conveniri potest; sibi quippe imputaturus, quod intercesserit cum muliere, quam sciebat aut scire debebat non posse ex sua intercessione teneri, l. si Titius 4. 8. ff. de fidejussor. Nisi mulier pro sua parte in suum commodum intercesserit, de quo casu agit l. vir uxori 27. §. ult. & ei cohærens l. 18. ff. h. t. Vel nisi id actum sit, ut & mulier & masculus viriles tantum partes singuli deberent; uti id actum in casu, l. si paternam 8. C. h. t. in qua dum Imperator Gordianus rescripsit inter alia, patrem, cujus obligationem filii & filiæ in se receperant, in id conveniri posse, in quo conveniretur, si filiæ non intercessissent, ac mox, pignora, quæ in priore fuerant patris obligatione, eatenus teneri, quatenus ea ad patrem per restitutoriam actionem redit, aperte supponitur, filios filiasque non singulos in solidum, vel viriles tantum in partes pro patre debitore intercessisse.

8. Ceterum intervenire, & intercedere hoc loco non est, pro alio supplicare & delicti gratiam petere, quo sensu occurrit, in l. quisquis 5. §. denique 2. C. ad leg. Jul. majest. nec impedimento esse, quo minus id fiat; quo modo olim tribuni plebis sæpe intercedebant decretis patrum, aliisque; sed potius se medium inter debitorem & creditorem interponere. Quod tribus potissimum modis contingit, dum mulier vel eam obligationem, quæ in alterius persona constitit, in se transfert; vel eam participat; vel ipsa se pro alio pecuniam accipiente ream constituit, l. senatusconsultum 4. C. h. t. sive re, sive verbis, sive alio quocunque contractu interveniat, l. 2. §. omnis 4. ff. h. t. adeoque, ut per species eatur, patiendo se delegari cum debitrix non esset, expromittendo, novando, fidejubendo, pignora dando, mandando, constituendo, debitorem in judicio defendendo, judicatum subeundo, novam obligationem contrahendo pro alio, alioquin suo nomine contracturo, l. 2. §. ult. l. quamvis 8. pr. & §. si convenerit 8. & §. si, cum essem 14. l. ult. §. 1. & passim ff. h. t. l. 1. §. 1. ff. de constit. pecun. respondendo per errorem, se heredem esse, vel servi dominam, ad interrogationem in jure factam an heres sit, aut an ipsius sit servus qui nocuit, cum non esset, nec bona fide servum possideret, l. si mulier in jure 23. l. si mulier, intercedendi 26. ff. h. t. mandando alteri, ut is pro alio intercedat, l. si fidejussores 6. l. 7. l. ult. §. si mulier 3. ff. h. t. Ant. Faber C. lib. 4. t. 21. def. 28. alieno nomine in arbitrum compromittendo, l. non distinguemus 32. §. si mulier 2. ff. de receptis, damnosam adeundo hereditatem, cum ad id fraude creditorum inducta

esset, ut æs alienum defuncti susciperet, *l. ult. in pr. ff. h. t.* promittendo pecuniam, ne a suo creditore delegatur, *l. debitrix* 24. *ff. sed si* 1. *ff. h. tit.* indemnitatem promittendo tutori, qui metuens forte, ne in pupillos erogata ob eorum inopiam non recipiat, tutelam pupillorum suscipere declinat: in quantum tunc pro pupillis, tanquam ex tutelæ administratione ac judicio contrario futuris debitoribus, intercedere censetur apud tutorem eadem ex tutela futurum creditorem; ut proinde hic inveniatur debitor pro quo, & creditor alius, apud quem, intercessio fit, *l. si mater* 6. §. 1. *C. h. t.* Cui simile est, si, cum propterea de adeunda hereditate dubitaret heres, quod parum idonea nomina debitorum viderentur, mulier repromiserit, se, quanto minus a quoquo eorum servari posset, præstituram, *l. tutor* 19. §. *quid ergo* 4. *ff. h. tit.* Quod si indemnitatem mulier promiserit, sed non inveniatur persona distincta debitoris, pro quo, & creditoris apud quem, posset videri interyenisse, nec intercessio facta creditur, nec senatuscons. auxilio mulier tuta est; cum vix sit, ut aliqua apud eundem pro eo ipso intercessisse intelligi possit, idque secundum factorum species, quæ proponuntur in *l. quamvis* 8. §. *si mulier* 1. *l. tutor pupilli* 19. *pr.* & §. 1. 2. *ff. h. t.* Etenim in *l.* 19. cum tutor defunctus male tutelam gessisse existimaretur, ac heres ab eo institutus dubitaret hereditatem adire, ne a pupillis ex male gesta per defunctum tutela conveniretur persuadente pupillorum matre & indemnitatem promittente adivit. Qua in specie, quia mulier non pupillis creditoribus, sed heredi tutoris ex gestione defuncti & aditione secuta debitori, indemnitatem promisit, videri non potuit apud pupillos, sed pro debitore pupillorum apud ipsum debitorem intercessisse. Simili modo, quia tutores, prædia pupillaria cum detrimento pupillorum distrahentes, inde pupillis ex tutelæ judicio debitores futuri erant, ideo mulier ipsis distractionem suadens ac indemnitatem promittens, & ita pro iisdem apud eosdem interveniens, neque veterem neque novam obligationem alienam suscepisse, sed ipsam fecisse hanc obligationem, nec exceptione juvandam esse, Ulpianus in *d. l.* 8. §. 1. docet. De cetero non interest, pro quo intercesserit, utrum pro extraneo, an pro conjuncta persona, veluti filio, vel patre, *l. si cum ipse* 3. *l. si paternam* 8. *C. h. t.*

9. Cessat hæc exceptio pluribus in casibus; puta, si mulier ei renunciaverit, quod potest, tum in judicio, tum extra judicium, si beneficii sui certiorata sit; quia in mulieris utilitatem & favorem id introductum est, & cuique licet juri pro se introducto renunciare, *l. ult.* §. *pen. ff. h. t. l. qui exceptionem* 40. *ff. de condict. indeb.* junct. *l. pen. C. de pactis*, diss. Donellus *comment. jur. civil. libr.* 12. *cap.* 32. *vers. quartum*, si modo specialiter, non generaliter tantum, huic beneficio renunciatum sit; cum vix ullarum sint virium generales & vagæ jurium omnium & exceptionum renunciationes, arg. *l. sed & si quis* 4. §. *quæsitum* 4. *ff. si quis caut. in judis. sist. caus. fact. non obt.* Andr. Gayl. *libr.* 2. *obs.* 77. *numer.* 3. & *seqq.* Nec recte objicitur, eadem facilitate eam renunciaturam, qua intercedit, *l. si mulier perfecta* 22. *C. h. t.* Non enim aliud illa lege asseritur, quam, pari facilitate mulierem secunda vice intercedere, qua prius intercessit; unde minime sequitur, eam simili temeritate, qua intercedit, juri suo renunciaturam, postquam & juris sui & imminentis ex intercessione damni admonita, intelligit, impositam sibi fore solvendi necessitatem. *Virile* quidem, & quodammodo *civile* munus dicitur intercessio, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t. l.* 2. *ff. de reg. juris.* Sed non alio respectu, quam quatenus Vellejano senatusconsulto comprehensum fuerat, ne pro ullo fœminæ intercederent, adeoque quatenus efficaciter ex sua non obligabantur intercessione, Vellejani exceptione munitæ. Cautum scilicet in earum favorem, ne intercederent; non cautum, ne huic favori pro se introducto renunciarent, & eo modo semet aptas efficerent ad interveniendum. Qua ratione tutelæ munus etiam virile dicitur, *l. tutela* 16. *l. ult. ff. de tutelis*, & publicum, *princ. instit. de excus. tut.* neque tamen eo minus mulierem matrem & aviam tutrices esse posse certum est, si renuncient senatusconsulto Vellejano, *tit. C. quando mulier tut. off. fungi possit.* Ne dicam, in *l.* 2. *ff. de reg. juris per interventionem* non designari omnem illam intercessionem, quæ Vellejano reprobata fuit, sed judicii pro alio susceptionem sine mandato; pro ut id suadent reliqua antecedentia & subsequentia illius legis, dum ex præmissa regula, qua fœminæ ab omnibus civilibus & publicis officiis remotæ dicebantur, conclusio sit, quod *nec judices esse possint, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire*, scilicet in judicio sine mandato, sive tanquam defensores reorum vocatorum, sive tanquam pro conjunctis personis agentes (qualia viris, non fœminis, permissa, §. 5. *inst. de satisd. l.* 35. *ff. de procurat.* junct. *l.* 18. *C. de procurat. l.* 31. §. *pen. ff. de negot. gestis*) ac denique *nec procuratores*, adeoque nec ex mandato pro aliis in judicio stare: atque ita enumeratione tali significatur fœminas ab omnibus illis officiis, quæ ad judicium pertinent, abstinere oportere. Nec recte regesseris, neminem favori pro se introducto renunciare, quoties vitium aut defectus personæ, veluti minorennitas aut sexus fragilitas, privilegio causam dedit; minorem ideo non recte renunciare ætatis auxilio seu restitutioni; quod autem in minore ætas, id in muliere sexus fragilitatem operari. Sciendum enim, in minoribus quidem etiam post certiorationem beneficii, quod ætati adversus læsionem concedi solet, adhuc durare defectum judicii; quo fit, ut, qua temeritate ad contrahendum processerunt, eadem quoque suo essent ætatis auxilio renunciaturi: at ex quo mulier plene instructa fuerit, quæ intercessionis sequela, quique effectus sint, ac plerumque post intercessionem præsto noxam esse, præsumendum non est, eadem sexus imbecillitate per mulierem Vellejano renunciatum esse, qua intercedit, dum minus mulier quam masculus creditur velle suum jactare; sed magis omne intercessionis impedimentum, sexus nempe fragilitas, per læsionis imminentis & beneficii commemorationem ac deinde subsecutam ejus renunciationem sublatum est. Quod & hodiernis moribus plenissime comprobatum, Fachineus *controv. libr.* 1. *cap.* 60. Grotius *manud. ad juris. Holl. lib.* 3. *cap.* 3. *n.* 27. Sande *decis. Frisic. libr.* 3. *tit.* 11. *definit.* 6. Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 77. Groenewegen *ad l. ult. ff. h. t.* Adeo ut nec ob enormem, quam ex intercessione ac re-

nunciatione mulier passa est læsionem, restituenda videatur; nisi talia adsint, propter quæ & masculis, ex sua intercessione enormiter læsis, succurrendum foret; cum sui beneficii renunciatione quantum ad intercessionem sese viris exæquaverint: licet aliter placuerit Andreæ Gayl. *d. l.* 2. *observ.* 77. *n.* 11. & *seqq.* Quinimo si mulier ante breve tempus pro alio intercesserit non ignara juris sui, cum hujus senatusconsulti renunciatione, mox alio in negotio rursus sine beneficii sui renunciatione intercedat, magis est, ut ex intercessione illa secunda efficaciter obligetur; cum certioranda non sit, quæ beneficii sui non pridem admonita, etiamnum ejus memor creditur, *l.* 1. *in fine ff. de act. emti*, & fraude non careat, quæ, sciens se gaudere Vellejani exceptione, tamen intercedit. Quæ forte ratio, quod in Gallia nullus hujus senatusconsulti usus est, dum illic sagaciores creditæ mulieres, quam ut ignorarent, intercessionis comitem plerumque patrimonii diminutionem esse; teste Mornacio, Autumno, aliisque apud Groenewegen *ad rub. C. h. t.* (vide tamen Argentræum *ad consuet. Britan. art.* 216.) Nec interest, utrum ipso intercessionis momento mulier huic suo beneficio renunciet, an ex intervallo; usque adeo, ut & ex rebus ipsis ac factis renunciatio non perperam subinde colligatur, dum plerumque nihil interest, expresse, an rebus ipsis & factis, consensus declaretur, arg. *l. de quibus* 32. §. 1. *in med. ff. de legibus*, *l. non tantum* 5. *ff. rem ratam haberi.* Qua ratione in Frisia judicatum, heredes mulieris, sine renunciatione intercedentis, Vellejani exceptione tueri sese non oportere, quoties mulier suo præcepit testamento isti creditori, apud quem intervenerat, satisfieri, fidemve suam liberari, Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 11. *defin.* 7. Similiter parum refert apud nos, an publico an privato instrumento mulieris intercessio, renunciatione munita, comprehensa sit, Groenewegen *ad l.* 23. *C. h. t.* quamvis jus Romanum, quo adhuc Frisia utitur, publicum instrumentum requirat, *l. antiqua* 23. §. *ult. C. h. t.* Sande *dec. Frisic. lib.* 3. *tit.* 11. *defin.* 2.

10. Quia vero beneficiorum renunciationes strictam recipiunt interpretationem, quippe continentes quandam liberalitatem jurisque remissionem; neque quisquam facile creditur voluisse jactare suum, *l. cum de indebito* 25. *pr. in med. ff. de probat.* hinc, si mulier pro marito suo intercesserit, & renunciaverit exceptioni Vellejani, non tamen eo ipso etiam renunciasse intelligitur authenticæ *si qua mulier C. h. t.* qua vetitum, ne pro viris suis uxores interveniant, Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 3. *numer.* 28. 29. Sande *d. lib.* 3. *t.* 11. *defin.* 4. etiamsi publica mercatrix esset, Neostadius *de pactis antenup. observ.* 18. *numer.* 5. & 6. & *observ.* 19. *in fine.* Ut tamen haud dubitandum videatur, quin pari jure ac fundamento possit nominatim renunciari d. authenticæ *si qua mulier C. h. t.* & dispositioni novellæ 134. *cap.* & *illud vero* 8. quo senatusconsulti ipsius renunciatio permissa fuit; cum non magis, nec alio sensu, sententia authenticæ, quam senatusconsulti, ad publicam respiciat utilitatem, & utrobique intercessio, tanquam temeraria & ab imbecillitate sexus profecta, improbata fuerit; ac denique ex renunciatione interposita utrobique pateat, nihil per mulierem inconsiderate actum fuisse, postquam suorum est admonita jurium ac beneficiorum, Grotius *d. lib.* 3. *cap.* 3. *n.* 19. Groenewegen ad *d. auth. si qua mulier C. h. t.* licet juratam hujus authenticæ renunciationem desideret Berlichius *conclus. pract. part.* 2. *concl.* 19. *numer.* 63. Sande *d. lib.* 3. *t.* 11. *defin.* 3. & 4. aliique ibidem citati. Quid, quod & sine renunciatione Vellejani ac authenticæ *si qua mulier*, pro marito intercedens, efficaciter obligata redditur, quoties & quatenus marito debet, vel se debere apud creditorem fingit ignorantem; cum hactenus vel non lædatur ex sua intercessione, vel in pœnam fraudis eam teneri justum sit. Cui addit Antonius Faber, non oportere juvari mulierem, si se obligaverit pro marito liberando, qui non ex causa æris alieni, cujus intuitu per cessionem bonorum a carceris squallore liberari poterat, sed ex causa delicti, in carceres detrusus erat; aut, si se ad eludendam executionem, quæ fiebat in bona mariti, obligaverit pro marito, *Cod. Sabaud. lib.* 4. *t.* 21. *defin.* 16. 17. 19. *in fine* & 21. Denique nec audiendam esse, quæ pro marito suo intercessit jurato, Canonici juris interpretibus visum fuit, Rittershusius ad *novell. part.* 2. *cap.* 4. *n.* 20.

11. Non etiam Vellejano locus est, si mulier alteri donet, vel si pro debitore solvat, vel suum debitorem creditori alterius deleget sine intercessione, vel pignus, quod ut creditrix tenebat, restituat, cum & in hisce liberalitatis species sit: sive pecuniam solvendi causa numeret, sive rem quamlibet suam in solutum det, sive pecuniam mutuam acceperit, aut rem suam alteri vendiderit, ut ex pretio donaret, aut solveret, cum intercessio non præcessisset: senatus enim obligatæ mulieri succurrere voluit, non donanti, quia facilius se mulier obligat, quam alteri donat, *l. sed si ergo* 4. §. 1. *l. quamvis* 8. *pr.* & §. *plane si* 5. *l. si pro aliquo* 21. §. 1. *ff. h. t. l. senatusconsul.* 4. *in fin. C. h. t.* nisi color senatusconsulto quæsitus sit, ut mulier venderet creditori potius, quam apud eum contra senatusconsultum intercederet, arg. *l. quidam voluit* 29. §. *Paulus* 1. *ff. h. t.* de quo casu accipienda *l. ult.* §. *item si* 2. *ff. h. t.* atque ita cum legibus ante allegatis conciliandа. Confer Ant. Fabrum *C. lib.* 4. *t.* 21. *defin.* 19. & *rational. ad d. l. ult.* §. 2. *ff. h. t.* Neostadium *curiæ supr. decis.* 42. Caret quoque hoc beneficio, si dolose decipiendi causa intercesserit, *l.* 2. §. *sed ita* 3. *l. si mulier* 11. *l. si mulier* 23. *ff. h. t. l. si sine* 5. *C. h. t.* si post biennium intercessionem priorem repetierit pro extraneo, non pro marito suo, *l. si mulier perfecta* 22. *C. h. t.* junct. *novell.* 134. *cap.* & *illud vero* 8. si debitor id, pro quo mulier intercessit, eidem jam persolverit, ut ipsa creditori satisfaceret, *l. si mulier* 16. *l. si mulieri* 22. *ff. h. t.* vel si debitor id, quod alteri debebat, mulieri solverit, caventi, creditorem id ratum habiturum, ne is postea id ratum habeat; cum his in casibus mulier non de damno evitando agat, sed lucrum captet, *l. si mulieri solvero* 15. *ff. h. t.* Sande *dec. Frisic. lib.* 3. *t.* 11. *defi.* 1. Grotius *manud. ad juris. Holl. lib.* 3. *c.* 3. *n.* 24. Si pro intercessione pretium acceperit, quantumcunque illud fuerit, sive majus, sive exiguum; cum lex non distinguat, sed id unum exigat, quod mulier *ab initio*, *vel postea*, *aliquid acceperit*, *ut se interponat*; & hic lucrum magis captasse intelligatur, recipiendo periculi pretium, quam damnosam

fecisse intercessionem, *l. antiqua* 25. *C. h. t.* Donellus *comment. jur. civilis lib.* 17. *cap.* 32. *vers. tertium*. Confer Menochium *de arbitr. jud. lib.* 2. *casu* 234. Si pro dote, vel libertate, aut alia causa pia admodum ac favorabili intercesserit, *l. pen. & ult. C. h. t.* junct. *l. cum is, qui* 32. §. *mulier* 2. *ff. de condict. indeb.* Tiraquellus *de privilegiis piæ causæ* 113. Ant. Faber *Cod. libr.* 4. *tit.* 21. *defin.* 14. Ant. Matthæus *de oblig. disp.* 33. *thes.* 12. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 317. Si intervenerit apud creditorem minorem, & is a debitore, in quem actio restituenda est, non possit suum consequi; quippe quo casu major ætatis quam senatusconsulti ratio habenda fuit, *l. si apud minorem* 12. junct. *l.* 11. §. *ult. ff. de minor.* 25. *annis*. Si in rem suam ac propriam utilitatem, vel saltem sine suo detrimento intercesserit, dum ipsa forte debitrix erat, aut id, pro quo intercessit, etiam sine intercessione præstare obstricta, *l. frustra* 2. *C. h. t.* veluti si in causa sibi cum alio communi, *l. vir uxori* 17. §. *ult. ff. h. t.* vel pro eo, quem creditori suo delegabat, *l. bona fide* 27. §. *ul. ff. h. t.* cuive a suo creditore delegata erat, *l. debitrix* 24. *pr. ff. h. t.* vel si defendat eum, qui adversus ipsam regressum habet, procuratorem, venditorem hereditatis, vel etiam emtorem hereditatis aut rei singularis, aliumve similem, cui de evictione tenetur, quique damnatus regressum adversus eam habet, *l. sed si eum* 3. *ff. h. t.* vel pro marito inope alimenta in usum familiæ comparante interveniat; cum ad inopem maritum familiamque alendam obligata sit, arg. *l. ubi adhuc* 29. *C. de jure dot. l. alimenta* 11. *C. de negot. gestis*. Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 21. *defin.* 8. Cessat denique senatusconsulti beneficium secundum mores hodiernos, si mulier, quæ publica mercatrix est, intercesserit pro alio eorum intuitu, quæ ad istam, quam exercebat, spectant negotiationem; non item si in aliis, arg. *l. & si a muliere* 4. *C. de instit.* Christinæus *ad leg. Mechlin. t.* 9. *art.* 10. *numer.* 3. Tuldenus *ad t. C. ne uxor pro marito num. ult. in fine*, Neostadius *de pactis antenupt. obs.* 18. *in fine*, Rittershusius *ad novellas part.* 2. *cap.* 4. *num.* 23. 24. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 90. *n.* 5. Groenewegen *ad rubric. C. h. t.* Cui addunt mulieres illas, quæ territorio præsunt, & majestatem, vel regalia habent; tum quia in tales fœminas, consilio & consiliariis haud destitutas, non tam facile aliqua imbecillitas aut imprudentia cadit, ob quam aliis tenuioris fortunæ & loci humilioris mulieribus subventum est; tum quia is, qui illarum fidem sequitur, non tam sexum, quam illustrem dignitatem administrationemque, per omnia virili similem, respexisse censetur, Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 15. *defin.* 9. Heringius *de fidejussoribus cap.* 7. *n.* 517. *& seqq.* Struvius *ad Pand. h. t. n.* 12. *in fine*. Quod admitti poterit in iis intercessionibus, quas facit, quatenus dignitatem publicam sustinet, ac qua talis; in ceteris namque privatis negotiis si tanquam alia persona privata intervenerit pro tertio, ratio nulla est, cur non sese teneretur Vellejani exceptione, exemplo mulieris, publicæ mercatricis, quæ, ut ut in negotiis ad mercaturam spectantibus sagacissima fuerit ac prudentissima, in aliis tamen sexus fragilitate labi ac capi potest, Vellejani beneficio non destituenda. Unde & post motam hanc de illustribus mulieribus controversiam, plures hæsitantes eam indecisam reliquerunt, Pyrrhus Maurus de *fidejussoribus part.* 2. *sect.* 8. *cap.* 3. *num.* 132. 133. Ant. Matthæus *de obligat. disput.* 33. *num.* 7.

12. Quod si mulier ex intercessione obligata jam solverit, quod ita debebat, si quidem sciens, se Vellejani exceptione tutam esse, condicere solutum non potest, *l. quamvis* 9. *C. h. t.* eo quod consulto dati indebiti donatio est, *l. cujus per errorem* 53. *ff. de reg. juris*, donanti autem mulieri per Vellejanum non succurrit, *l. sed si ego* 4. §. 1. *ff. h. t.* Si vero ignara fuit beneficii, soluti, velut indebiti, repetitionem ab eo, cui solvit, habet, *l. exceptionem* 40. *ff. de condict. indeb.* junct. *l. regula est* 9. *ff. de juris & facti ignorantia*, nisi malit adversus eum, pro quo intercessit & solvit, mandati aut negotiorum gestorum actione experiri ad indemnitatem, *l. pen. ff. h. t.*

TITULUS IV.

De Compensationibus.

SUMMARIA.

1. *Quid sit compensatio? unde dicta & quæ æquitas ejus? quid sit* pariatio?
2. *Compensatio jure novo tollit debitum ipso jure, ex quo cœpit utrimque deberi, licet ex uno latere usurarium sit, vel sub pœna debitum. An condici possit ut indebitum, quod potuerat compensari? An compensatio jure civili & hodierno post sententiam opponi possit in executione? an in appellatione?*
3. *Reus compensationem allegans non fatetur eo ipso se debitorem esse; aut si eam omittat, sciens prudens, non censetur adversario remisisse debitum. Nisi conjuncta persona id sæpius sciens prætermiserit, cum nulla appareret justa causa, cur non compensaverit.*
4. *Compensatio uni tutori potest objici respectu ejus, quod alter tutor nomine pupilli debet. An cessionario compensatio ejus, quod cedens vel ipse cessionarius ex suo capite debet? Quid juris, si primus pure debeat secundo, secundus primo sub conditione, sed ea lege addita, ut existente conditione compensaret, & primus cedat actionem tertio, tertius autem existente conditione agat cum secundo?*
5. *Cessionario quarto objici potest compensatio ejus, quod primus vel secundus vel tertius cedens debet: nec compensationem impedit, quod cedens jam desierit solvendo esse: nec refert, voluntaria an necessaria cessio sit.*
6. *Non recte objicitur cessionario, si is cum debitore cedentis novaverit, vel ex delegatione plena eum sibi obligatum cœperit habere.*
7. *Compensat reus id tantum, quod sibi ab actore vicissim debitum, non quod a tertio, licet is consentiat, nisi insuper actionem cedat; ubi de duobus reis stipulandi & promittendi; & de executore non compensante pretium rei subhastatæ a se exactum, cum eo, quod creditores in lite victores vicissim ei debent.*
8. *An tutori, suo nomine agenti, id quod pupillus debet? An tutori pupilli nomine agenti id quod*

tutor suo nomine debet? An tutor, suo nomine conventus, compenset id, quod pupillo debetur? & vice versa?

9. *Quid si debitor pupilli, qui tutoris creditor est, aut vice versa foro cesserit, an & tunc tutor suo vel pupillari nomine conventus compensationem objiciat; & quid si quis ex sua persona sit debitor simul ac creditor ejus, qui foro cessit? An rescriptum moratorium a debitore impetratum impediat compensationem, si is alia ex causa creditum persequatur?*

10. *De tutoribus dicta, obtinent & in procuratoribus, institoribus. An & in sociis, ac moribus in marito & uxore?*

11. *Quid juris in debitore & fidejussore ejus in patre & ejus filiofamilias? in herede suo nomine debitore, ac creditore nomine hereditario? & quid, si hereditatem adiverit cum beneficio inventarii?*

12. *Qualia debita compensari possint? An pœna pecuniaria ex delictis aut publicis criminibus? An pœna publica non pecuniaria?*

13. *An debitum mere civile? An debitum naturale tantum etiam cum eo, quod naturaliter & civiliter debitum est?*

14. *Recte compensatur, quod certo loco debitum; quod jam alio in loco cœptum peti; debitum ex sententia fiduciariam solutionem continente; impensæ litis, in quas quis damnatus est, debita intra certum tempus exigenda cum aliis exactionem perpetuam habentibus; id quod quis se soluturum juravit. An & debitum hypothecarium cum chirographario? an sors annui reditus cum alia sorte reditus aliove debito.*

15. *Non habet locum in deposito. An non depositum saltem pro impensis necessariis retineri possit?*

16. *Nec in causis momentaneæ possessionis; nec in reparatione attentatorum; nec in tributis & vectigalibus, aut eo quod fisco debitum ex causa annonaria; nec in debito reipublicæ ex calendario vel ex fideicommisso; nec in pretio rei per fiscum venditæ; vel mercede vectigalium, nec in alimentis futuris; nec in implemento conditionis* dandi decem; *nec pretia rerum auctione publica in utilitatem creditorum auctoritate judicis venditarum. An in canone annuo? An debitum unius tabernæ, cum debito alterius tabernæ?*

17. *Requiritur ad compensationem, ut debitum sit liquidum & purum.*

18. *Necesse etiam ut sit utrimque debita res fungibilis ejusdem generis. An corpus utrumque in genere debitum? An corpus cum quantitate? An pecunia, quoties ut corpus consideratur?*

19. *An rejecta per judicem compensatione adhuc debitum illud peti possit?*

20. *Jus retentionis differt in multis a jure compensationis. Recensentur casus, in quibus jus retentionis locum habeat; maxime retinetur res in quam impensa facta vel circa quam artificium adhibitum. Jus retentionis transmittitur ad successores universales & particulares.*

21. *An jus retentionis habens teneatur rem reddere, si ei cautio de solvendo debito offeratur?*

1. Compensatio est debiti & crediti inter se contributio, *l. 1. ff. h. t.* vel, ut Cujacius in *paratit. ff. & C.* per æris sui computationem ab ære alieno liberatio; & computatio vice mutua debitæ quantitatis. Ita appellata ab antiquo æris appendendi more, nummo necdum adinvento quidem, vel invento quidem, sed adhuc appendi magis quam adnumerari solito; quo eveniebat, ut æqualis utrimque debita æris quantitas, simul pensata, desineret utrimque debita esse, & id solum ex uno latere remaneret in credito, quod prægravans non simul pensabatur. Cui compensationi non plane absimilis *pariatio*, scriptura, qua rationes accepti & expensi pari quantitate continentur, aut sibi invicem opponuntur, ac comparantur, si impar sit quantitas, ut ita subducta quantitate pari accepta & expensa constet quantum in *reliquis* sit: unde & *pariator* opponitur *reliquatori* vel *reliqua habendi*. Vide *l. ult. §. idem quæs.* 3. *ff. de condict. indeb. l. Julius Paulus* 81. *ff. de condit. & demonstr. l. is qui suis* 4. *§. proinde* 5. *ff. de manumission. l. Sticho libertas* 40. *§. argentarius* 8. *ff. de statuliberis*, Ræyard. *lib.* 3. *variorum cap.* 9. qui & non *paratam* sed *pariatam obligationem* putat oportere legi in *l. manifesti* 17. *C. de solution.* Summam autem compensatio æquitatem habet; quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere, *l. ideo* 3. *ff. h. t.* nec dolo carere intelligatur, qui petit quod redditurus est, *l. dolo facit* 8. *ff. de doli mali & metus excep.* denique expedit reipublicæ lites diminui, *l. quidam* 21. *in fin. ff. de reb. credit.* ad quod non parum compensatio proficit.

2. Compensationis effectus est, quod solutionis vicem obtineat, adeoque pro rata debitum utrimque ipso jure minuatur, *l. si constat* 4. *C. h. t. l. si debitor* 4. *ff. qui pot. in pign. l. vel permutavit* 19. *ff. de liberali causa.* Licet enim olim in solis bonæ fidei judiciis ipso jure quis per compensationem tutus esset, in stricti vero juris negotiis tantum opposita doli mali exceptione, *§. in bona fidei* 30. *inst. de action.* tamen jure novo stricti juris negotia hac in parte iis, quæ sunt bonæ fidei, fuerunt exæquata; ut ipso jure ad concurrentem usque quantitatem obligatio extinguatur, *d. §.* 30. Cui consequens, ut & liberentur ipso jure fidejussores ac pignora, *l. verum est* 4. *ff. h. t. l. invicem* 12. *C. h. t.* usurarum etiam cursus sistatur concurrentis apud utrumque quantitatis, ex quo primitus cœpit utrimque deberi, sive æquales utrimque, sive inæquales ex pacto, vel mora, vel stipulatu usuræ debitæ fuerint, sive debitum principale alterum usurarium fuerit, alterum nullam habuerit usurarum accessionem; *l. cum alter* 11. *l.* 12. *ff. h. t. l. si constet* 4. *l.* 5. *C. h. t. l. ejus quantitatis* 7. *C. de solution.* atque insuper is, qui ob moram in pœnam aut mulctam incidit, eandem evitet, si tempore solutionis, ad pœnam evitandam faciendæ, habuerit jus compensandi, arg. *d. ll.* junct. *l. cum quidam* 17. *§. si pupillo* 3. *ff. de usuris*, Guido Papa *decis.* 171. *numer.* 5. Ant. Faber *C. libr.* 4. *t.* 23. *defin.* 4. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 40. *n.* 10. 11. Zoesius *ad Pand. h. t. numer. ult.* Quamvis ergo verum sit, opponendas seu allegandas esse in judicio compensationes, ut judex earum possit rationem habere, & eatenus dici possint *facti* esse, *§. pen. instit. de action.* effectus tamen earum totus *juris* est, & existit ante allegationem; quippe quæ non ad inducendam compensa-

tionem pertinet, sed magis ad manifestandum, eam retro ab eo tempore, quo cœpit utrimque deberi, jam a jure factam esse, nec extingui obligationem, sed jam ante extinctam fuisse monet. Unde & procurator absentis conventus, ac compensationem allegans, non tenetur eo nomine de rato cavere, quia, ut Paulus ait, *nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur*, debito scilicet per compensationem ipso jure jam diminuto, *l. posteaquam* 21. *ff. h. t.* Eoque nititur fundamento, quod si id, quod compensationis ope poterat non solvi, solutum fuerit, tanquam indebitum condici possit, *l. ideo* 5. *l. si ambo* 10. *§. si quis* 1. *h. t.* longeque magis post sententiam, ad impediendam executionem ejus, compensationis objectio permissa sit, *l. ex causa* 2. *C. h. t. l. cum militi* 16. *§.* 1. *ff. h. t.* Quod & hodiernis moribus servari æquum videtur, eo quod per compensationis allegationem non tam impugnatur sententia, quam potius reus condemnandus ei acquiescere ac obtemperare paratum sese profitetur. Si enim naturali solutione ejus, ad quod damnatus est, judicato satisfaciat, non minus satisfacit debiti liquidi compensationem offerendo; dum nihil interest, solvat, *l. si constat* 4. *h. t. l. si debitor* 4. *ff. qui pot. in pign.* Matth. de Afflictis *decis.* 121. Sebast. Medices *de compensat. part.* 2. *quæst.* 25. Ant. Faber *C. libr.* 8. *t.* 24. *defin.* 2. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 17. *numer.* 10. Besoldus *delibati juris ad Pand. libri* 16. *quæst.* 2. *post med.* Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 8. *def.* 6. *in fine, & def.* 15. Responsa Jurisconf. Holland. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 47. Contra quidem in Hollandia judicatum esse refert Neostadius *supr. Curiæ decis.* 95. Sed jure communi Hollandos adhuc uti, asserit Simon van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 36. *numer.* 2. & judicatum esse, eam in executione posse opponi, ut curia judicet, quanto minus via executionis petendum sit, commemorat auctor *Appendicis decisionum Curiæ Holl. post Responsa Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 11. Eoque facit, quod utraque Hollandiæ curia judicavit, instrumento, voluntariæ condemnationis clausulam continenti, recte objici compensationem; uti vulgo instrumentis guarentigiatis eam aliis in locis apponi, moris est, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 3. Besoldus *delibat. juris ad Pand. lib.* 16. *quæst.* 2. *post med.* Leeuwen *cens. for. d. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 36. *numer.* 6. 7. ibique plures citati. In appellatione sane eam, quæ in prima lite prætermissa erat, compensationem allegari posse, dubium vix est, Ant. Faber *C. libr.* 4. *t.* 25. *defin.* 15. Gothofredus *in notis ad rubric. h. t.*

3. Non tamen compensationis per adversarium apud judicem oppositæ effectus est, quod eam opponens fateri videatur, se ejus, quod petitum, debitorem esse. Non enim existimatur confiteri de intentione actoris is, quocum agitur, quia utitur exceptione, *l. non utique* 9. *ff. de exception.* neque quisquam pluribus prohibetur defensionibus & exceptionibus uti, licet diversæ sint, quoties lex impedimento non est, *l. nemo* 8. *ff. de except. l. nemo ex his* 43. *ff. de reg. jur.* Ut autem quis modum, quo ipso jure, an eum, quo exceptione sola tutus est, alleget in judicio, hujus quidem quæstionis intuitu, non multum refert; maxime si consideres, *nihil interesse, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem*, in judicio oppositam, *infirmetur, l. nihil interest* 112. *ff. de reg. juris*, neque fas est, deterioris esse conditionis eum, qui potentiore sese defendit liberationis modo, quo ipso jure se tutum asserit, quam qui defensione, aliquo respectu debiliore, utitur, dum se exceptione munitum ait. Fachineus *controvers. lib.* 11. *cap.* 6. Vice versa, si quis non compensaverit, cum id posset, sed solverit petita, non est intelligendus eo ipso remisisse adversario, quod is vicissim debet: cum nemo præsumatur voluisse jactare suum, & multæ possint esse causæ, propter quas quisque, adversario ita desiderante, solvere malit, quam pensare; dum forte id, quod vicissim debitum, usurarium est, vel alia quacunque ratione expedit reo convento, integrum servare potius suum jus crediti, quam id agere, ut evanescat. Quod Julianus velle videtur, cum in *l.* 2. *ff. h. t.* ait, unumquemque posse creditorem suum, eundemque debitorem, petentem summovere, *si paratus est compensare*; non obscure iis verbis id totum arbitrio rei conventi relinquens. Quod & Ulpianus tutori actione tutelæ convento permittit, *l.* 1. *§. præterea* 4. *ff. de contrar. tut. & utili act.* eo fere modo, quo is, qui rei venditæ & traditæ exceptionem habet, conventus ab illis, qui evictionem præstare debent, statuere secum potest, an opposita illa exceptione rem sibi servare velit, an magis evincenti cedere, salvamque sibi ad duplum vel id quod interest evictionis nomine conservare ex stipulatu actionem, *l. vindicantem* 17. *ff. de eviction. tot. t. ff. de except. rei vend. & tradita.* Plane si quis, habens compensandi facultatem, nec id ignorans, sæpius compensatione uti prætermiserit, probabilem nullam habens causam, cur magis suum creditum sibi voluerit salvum esse, quam compensatione tolli, non improbabilis tunc remissi debiti conjectura est; maxime inter conjunctas personas, inter quas facilius, quam quidem inter extraneos, liberalitatis præsumtio admissa est, *l. Procula* 26. *ff. de probat.* junct. *l. cum alienam* 10. *C. de legatis.*

4. Opponi potest compensatio quibusvis creditoribus, etiam pupillis, sive ab extraneo, sive ab ipso tutore tutelæ actione convento, *l. si tutores* 11. *C. h. t. l.* 1. *§. præterea* 4. *ff. de contraria tut. & utili act.* usque adeo, ut divisa plures inter tutores unius pupilli tutela, compensari possit uni tutori nomine pupilli experienti, quod reo convento debitum pupillari nomine ab altero tutore aliam tutelæ partem administrante, *l. inter tutores* 36. *ff. de admin. & peric. tut.* Cessionariis quoque actione cessa agentibus, tum ratione ejus, quod ipsi suo nomine debent ei, contra quem actione cessa experiuntur, tum etiam respectu ejus, quod ipse cedens vicissim debet, si modo debuerit, ante cessionem, atque ita ei compensatio objici potuerit. Cum enim ipso jure ad concurrentem utrimque quantitatem debitum evanuerit ipso illo momento, quo quid incepit utrimque deberi secundum ante dicta, cedi non potuit adversus debitorem actio, nisi ea pro parte, quæ post confusum debitum & creditum atque ita extinctum restabat exigenda, *arg. l. verum est* 4. & 5. *ff. h. t.* Ant. Thesaurus *dec.* 221. Zoesius *Pand. h. t. nu.* 29. Joh. Papon. *lib.* 12. *t.* 6. *art.* 2. & 3. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 314. & *part.* 5. *consil.* 25. *in fine.* Quin imo, si primus pure debens secundo, secundum non pure, sed ex die vel sub conditione

cœperit obligatum habere, ea lege addita, ut die veniente compensaret secundum id, quod ita debet, cum eo quod sibi a primo debetur, ac primus deinde, antequam dies obligationis venisset, jus suum cedat tertio; tertius veniente die contra secundum actione cessa agens, pati tenetur compensationem ejus, quod primus cedens secundo debet. Etsi enim cessionis tempore secundus necdum habuerit compensandi facultatem, dum solum liquidum & purum debitum in compensationem venit; quia tamen obligatio illa, ex die vel conditione suspensa, cedi non potuit, nisi cum sua per pactum adjectum definita qualitate modoque, consequens est, ut secundo, contra quem actio cessa fuit, non perierit per cessionem illam jus compensandi, ex conventione quæsitum: quod enim ipsis, qui contraxerunt, obstat, & successoribus eorum obstare placuit, *l. quod ipsis* 143. *ff. de reg. juris*, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 287. Neque adversus hæc, quæ de compensatione cessionarii opponenda diximus, in contrarium facit, quod cessionarius neque reconventionem semper pati teneatur, ratione ejus, quod cedens vicissim debet, *l. servum quoque* 33. §. *ult. l.* 34. *ff. de procurat.* Adde *t. de judiciis numer.* 48. neque doli per cedentem commissi exceptione omni in casu repelli possit, *l. apud Celsum* 4. §. *de auctoris* 27. 28. 29. *ff. de doli mali & met. except.* Etenim alia reconventionis, debitum utrinque superstes supponentis, quam compensationis, ipso jure debitum perimentis, ratio est; ut proinde a reconventione ad compensationem, tanquam disparatis, male fiat illatio, Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 32. *defin.* 15. Et quod attinet exceptiones cessionario non semper opponendas, etsi verum sit tunc, cum exceptio jure est opposita, nihil interesse, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, *l. nihil interest* 112. *ff. de reg. juris*, non tamen inde sequitur, omnes æque exceptione repelli, ac allegatione modorum, quibus ipso jure liberatio contingit; dum plures sunt in personam exceptiones, certis tantum agentibus, non promiscue omnibus, objiciendæ, ut dictum *t. de pactis numer.* 13.

5. Nec refert, utrum primus cedens an secundus, aut tertius ei debeat, qui actione cessa convenitur. Si enim fingas primum actionem, sibi adversus secundum competentem, cessisse tertio, tertium quarto; agenti quarto non modo compensari potest, quod primus cedens debebat, sed & quod tertius, eo quod, quam primum actio fuit tertio per cessionem quæsita, protinus utimque debitum contributione & confusione ipso jure evanuit ad concurrentem usque quantitatem, adeoque cessio fieri non potuit, nisi ejus intuitu, quod amplius ex uno latere debitum, remanserat in credito, Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *t.* 17. *defin.* 2. Sed & non multum interest, utrum eo tempore, quo cessionario objicitur compensatio, cedens adhuc idoneus sit, an jam desierit solvendo esse; cum semper locum sibi vindicet ratio cedi non potuisse cum effectu actionem, nisi quatenus superest post factam a jure debiti & crediti contributionem; & uti compensari potuisset ipsi cedenti, licet ille ipso cessionis tempore solvendo non fuisset, dum in omnem eventum nihil solvens sed tantum retinens quod debet, ipse sibi abunde solvendo, & quod ad se attinet, dives esse intelligitur, juxta *l. quærebatur* 82. *ante med ff. ad leg. falcidiam*, ita quoque jure eodem uti debet, qui cessionis interventu successit cedenti, arg. *l. quod ipsi* 143. *ff. de reg. juris.* Parum denique refert, an ex libera voluntate, an ex necessitate cessio facta sit. Etsi enim procurator in rem suam ex necessitate constitutus defendere cedentem non teneatur in reconventione, eamve pati, *l. servum* 33. §. *ult. l.* 34. *ff. de procurator.* quo fundamento motus Frisiæ Senatus compensationem reprobavit, teste Sandio *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 17. *defin.* 5. tamen a reconventione ad compensationem perperam argumentum transferri, jam supra monitum: saltem non recte hujus quæstionis intuitu, quia sive ex necessitate, sive ex libera voluntate, cessio contigerit, verum manet, non magis ex necessitate, quam libera ex voluntate, cedi posse actionem, quæ in rerum natura amplius non est: uti non erat in facti specie a Sandio proposita; in qua dum tres filii, Primus, Secundus, & Tertius, matri heredes erant, cui matri trecenta debebat Titius, Titio vicissim tertius centum ex suo capite, fieri aliter haud potuit, quam ut primo aditionis momento, Tertius ex capite matris pro parte tertia trecentorum matri debitorum cœperit Titii creditor esse, & eo ipso extinctum contributione ac confusione mutua, quod Tertius Titio, quodque Titius Tertio pro parte tertia heredi debet. Quo posito, frustra deinde per familiæ erciscundæ judicium duobus prioribus integrum adjudicatur creditum trecentorum, quippe jam ipso jure per compensationem pro parte tertia diminutum. Ut proinde Titius a primo ac secundo ad integra trecenta conventus, recte alleget, vi compensationis a jure jam factæ non ultra ducenta in credito superesse. Ne dicam, illo in casu neutiquam fuisse necessariam, sed plane voluntariam actionis cessionem, cum in rebus quidem individuis adjudicationem uni fieri necessitas flagitet; at in dividuis, imo per ipsam legem duodecim tabularum jam divisis nominibus, consolidationem, atque adeo etiam adjudicationem uti factam, sola suaserit utilitas & commodum facilioris exactionis, ut patet ex *l.* 2. §. *ult. l.* 5. *ff. famil. ercisc.*

6. Non tamen cessionario recte compensatio ab eo, contra quem actio cessa, objicitur respectu ejus quod cedens ante cessionem debuerat, quoties cessionarius cum debitore cedentis novationem fecit; aut aliter non nuda & simplex cessio actionis, sed plena delegatio consensu debitoris delegati facta est. Cum enim hisce in casibus prior obligatio, quæ inter cedentem seu delegantem & debitorem ejus consistebat, ipso jure per subsecutam novationem aut delegationem sublata sit, & ita debitor non amplius ex capite cedentis aut delegantis conveniatur, sed ex nova conventione, per quam novatio vel delegatio facta est, iniquum foret, cessionario vel delegato creditori, nunc suo nomine & proprio ex contractu agenti, opponi compensationem ejus, quod non ipse, sed tertius, quem non repræsentat, debet, arg. *l. doli exceptio* 19. *ff. de novation. l. si delegatio* 3. *C. eod. t.* Ant. Thesaurus *decis.* 221. *in fine*, Neostadius *Cur. supr. decis.* 71. Nec est, quod regeratur, neque novari neque delegari posse debitum illud, quod ipso jure per compensationem ex eo tempore, quo primitus incepit utrimque deberi, extinctum est. Etenim, quia in debitoris arbitrio secundum ante dicta positum est, an compensare velit, nec ne, hoc

ipso, quo voluit istius sui debiti intuitu ex nova delegationis vel novationis causa devinctus esse, satis rebus ipsis ac factis declarasse videtur, se nolle concesso sibi compensationi jure uti.

7. Porro debitor judicio conventus regulariter id solum compensat, quod sibi vicissim ab actore est debitum, non item quod actor tertio debet; etiamsi tertius ille in compensationem talem consentiat, *l. ejus* 9. *C. h. t. l. in rem suam* 18. *§.* 1. *h. t.* nisi insuper reo convento suam cessisset actionem, eumdemque in rem suam procuratorem constituisset, *d. l.* 18. *ff. h. t.* arg. *d. l.* 3. *C. de novation. l. procuratore* 55. *ff. de procurator.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 23. *defin.* 8. *in med.* Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 8. *defin.* 7. *in fine*, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 47. Hinc si duo rei promittendi sint, uni convento non proderit ad compensationem, quod stipulator alteri debendi reo vicissim debeat. Et si ex duobus stipulandi reis unus agat, non recte ei objicitur compensatio de eo, ad quod alter credendi reus promissori devinctus est, *l. si duo rei* 10. *ff. de duob. reis constituend.* Nec executor rei subhastatæ recte compensat pretium ejus a se exactum, cum eo, quod creditores, in quorum gratiam fecit executionem, alia ex causa ipsi debent: eo quod pretium illud rerum a se distractarum suscipiens vel judicem vel debitorem condemnantem repræsentat, atque ita qualitate alia debitor, alia creditor est. Quod ita cautum *Instruct. Curiæ Ultraject. t.* 6. *de apparitorib. art.* 79. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 15. *numer.* 7.

8. Adhæc tutor, suo nomine contra suum agens debitorem, pati non tenetur compensationem ejus, quod pupillus ipsus adversario convento debet. Nec id, quod pupillorum nomine tutor petit a debitore pupillari, compensationem patitur ejus, quod tutor suo proprio nomine isti debitori pupillari debet, l. *pen. ff. h. t.* Quod si tutor suo nomine conveniatur a suo creditore, qui idem pupilli debitor est, magis est, ut ejus, quod tutor debet, cum eo quod debetur pupillo ipsius, compensatio admittatur; eo quod hac ratione nullum pupillo aut adversario præjudicium fit, sed potius quasi quadam brevis manus traditione debiti utriusque solutio contingit, ac sine nova lite litisve impensis crediti pupillaris exactio celebratur, cujus solutio alioquin per longas sæpe litium ambages, molestias, ac sumtus, impetranda foret. Quo faciunt ea, quæ habet Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 23. *defin.* 17. Si modo tale sit pupillo debitum, ut exactionem habeat; non item si tantum naturale sit. Nam & si tutor converso modo conventus esset pupillari nomine, non recte opponeret agenti compensationem ejus, quod sibi nomine proprio naturaliter tantum ab actore debitum, atque ita exactione destitutum est; ne per occasionem tutelæ deterior fiat actoris conditio, & onus tutelæ tutori in commodum vertatur. Sane, si id, quod ipsi tutori debetur a creditore pupillari, exactionem habeat, naturali scilicet & civili simul jure debitum, etsi non ignorem, etiam tunc deficere compensationis requisita, si vulgatos juris civilis apices sequamur, secundum quos id, quod alteri debetur, quam qui agit, compensari nequit, *l. ejus, quod* 9. *C. h. t.* nec, quod tutori debetur, videri potest debitum pupillo convento, ac per tutorem in judicio defenso; tamen, si merum jus naturæ ac gentium intuemur, & totius rei æquitatem, rationem non animadverto, cur æquitas compensationis videri posset hoc casu deficere; cum utique tutori liberum sit, de suo solvere pro pupillo suo, secundum generalia juris principia, nec intersit, solvat an penset, *l. si debitor* 4. *ff. qui pot. in pign. l. si constat* 4. *C. h. t.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 23. *defin.* 8. Carpzovius *defin. for. part.* 2 *consistit.* 8. *defin.* 7. Et quamvis verum sit, alium pro alio solvere posse, non efficaciter alteri in proprii sui crediti compensationem consentire, *l. in rem suam* 18. *§.* 1. *ff. h. t.* tamen, cum tertius ille creditor mediante actionis cessione potuisset compensationi locum facere, dum & id recte compensatur secundum antedicta, quod ex actione cessa vicissim debetur, iniquum foret, pupillarem ætatem, quæ sola impedimento est, ne pupillus tutori vel tutor pupillo actionem cedat, hac ratione damnosam pupillo esse, & deteriorem ejus, quam majorennium, conditionem.

9. Hæc ita, nisi forte pupillaris creditor foro cesserit, & curator bonis datus tutorem conveniat ad debiti pupillaris solutionem: tunc enim vix est, ut tutor, objecta compensatione ejus, quod sibi suo nomine est debitum a debitore inidoneo, salvum sibi facere possit integrum suum crediti jus, cum præjudicio ac fraude ceterorum creditorum, idque eo tempore, quo per bona a creditoribus possessa, & curatorem iis datum, omnis ulterior vigilantiæ vel occasio vel licentia creditoribus prærepta est, *l. quod autem* 6. *§. sciendum* 7. *ff. quæ in fraud. credit. fact.* Quamvis alioquin haud videatur eundum inficias, quin, ubi quis suo nomine simul debitor & creditor est alterius obærati ac bonis vel foro cedentis, recte objiciat curatori bonorum compensationem ejus pro concurrente utrimque quantitate, si modo ante cessionem habuerit compensandi facultatem, atque ita debitum utrimque jam tum fuerit ipso jure extinctum. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 2. *vol.* 1. *consil.* 75. Quemadmodum (ut hoc obiter addam) nec rescriptum moratorium impedimentum est, quo minus ei, qui id impetravit, debitum suum persequenti, compensatio objicitur, cum aliud sit, differri solutionem debiti, quod unum fit per rescripta moratoria, aliud allegare, ipso jure debitum sublatum esse, nec intra nec post lapsum dilationis indultæ unquam petendum, quod compensationis objectione contingit, Ant. Faber *C. lib.* 1. *t.* 9. *defin.* 13.

10. Quæ de tutoribus dicta, eodem modo ex iisdem juris fundamentis definienda videntur in procuratoribus mandatum exigendi pro alio habentibus, sive suo agant nomine, sive procuratorio, & sive suo, sive procuratorio nomine conveniantur. Confer Ant. Fabrum *C. lib.* 4. *t.* 23. *defin.* 17. Uti & in institoribus, quoties non suo, sed præponentis nomine emerunt aut vendiderunt, ac vicissim ipsi suo nomine proprio debitores sunt eorum, quibus institorio nomine vendiderunt, aut creditores eorum, a quibus emerunt tanquam institores. Adde Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 274. & *part.* 3. *vol* 1. *consil.* 3. & 80. *in med.* In sociis quoque, nomine societatis agentibus, cum ipsi nomine proprio essent rei conventi debitores, aut vice versa, compensationem admitti non oportere, vult post Gratianum *disc. for. cap.* 948. *n.* 3. Simon van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 36. *n.* 24. Quod tamen restringendum

ad socios particulares; nam si universales sint, magis est, ut uni agenti recte objiciatur per reum conventum, quod ei alter socius universalis debet. Et de hac societate universali accipiendus, ad eamque restringendus Papinianus, licet simplicius ac sine distinctione societatis mentionem habeant in *l. si duo rei* 10. *ff. de duob. reis constituend.* quod & observatum a Tindaro *tract. de compensation. art.* 7. *n.* 9. Struvio *ad Pand. h. t. num.* 25. Unde &, licet ex juris Romani principiis maritis, suo nomine agentibus, objici non potuerit compensatio ejus quod uxores vicissim reo debent; & vice versa Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 23. *defin.* 16. nec ea opinio hodie rejicienda sit, quoties pactis dotalibus communio bonorum inter conjuges exclusa est, ac reductum jus civile; tamen, stante statutaria nostrate inter conjuges bonorum communione, certum est, marito petenti id, quod sibi ante nuptias est debitum, opponi posse compensationem ejus, quod uxor ipsius jam ante nuptias cœperat reo convento debere.

11. Quod si fidejussor ex sua conveniatur fidejussione, non modo id quod ipsi, sed & quod debitori principali vicissim est debitum, compensare potest; licet ex adverso debitor principalis non recte compenset id, quod fidejussori ejus debitum est, *l. verum est* 4. *l.* 5. *ff. h. t.* sive debitor principalis solvendo sit, sive non, cum lex non distinguat, & verum sit, statim ipso jure diminutam aut sublatam fuisse debitoris principalis obligationem, ex quo cœpit utrimque deberi, nec fidejussor, liberato principali, potuerit ultra obligatus manere, *d. l.* 4. *l.* 5. *ff. h. t.* Zangerus *de exception. part.* 3. *cap.* 8. *n.* 32. *& multis seqq.* Patri quoque, quamvis suo nomine agenti, non inutiliter opponitur compensatio ejus, quod ipsius filiusfamilias reo vocato debet, & vice versa creditori contra filiumfamilias agenti id, ad quod idem actor patri istius filiifamilias conventi tenetur, si modo caveat filius, patrem non esse exacturum id, quod ita compensatum est, *l. si cum filiofam.* 9. *pr.* & *§.* 1. *ff. h. t.* Quod tamen hodie non permitti patri aut filio, notat Grœnewegen ad *d. l.* 9. *§. ff. h. t.* Non etiam dubium, quin heredi hereditario nomine agenti recte objiciatur compensatio ejus, quod ipse suo nomine debet. Uti universa heredi suo nomine agenti reus compensare potest, quod sibi a defuncto debitum docet, idque pro ea parte, qua is, qui agit, defuncto heres est, non item pro partibus ceterorum coheredum, *l. ult. C. de contrario judic. tutelæ*, Charondas *respons. du droict. livre* 11. *resp.* 83. Quod & tunc obtinet, cum heres adivit cum beneficio inventarii, ita ut solidi quidem debiti compensatio fiat, si vel universis creditoribus hæreditatis sufficiat, vel, cum sufficiens non esset, ea saltem creditoris hereditarii compensare volentis, aut crediti, conditio sit, ut jure prælationis totum ex hereditate ferre potuerit: partis vero tantum, si creditor hereditarius non solidum sibi ex hereditariis rebus fuisset salvum habiturus. Nam quamvis inventarii beneficium non efficiat, quo minus heres adeundo defunctum repræsentet, inque jus ejus succedat, efficit tamen, ne ultra vires hereditarias æs alienum defuncti solvere de suo teneatur; an autem naturali solutione, an compensatione, creditor cum heredis damno solidum consequatur, nil hac in parte refert. Et quia ab initio incertum sæpe, utrum hereditas creditoribus sufectura sit an non; remedium expeditissimum videtur, ab initio quidem solidi compensationem permitti creditori, sed idonee caventi restituturum, quanto minus apparebit ob emergens aliud potentius æs alienum oportuisse eum jure compensationis salvum habere, arg. *l. procuratoris* 5. *§. ult. ff. de tribut. act.* & arg. *l. si cum filiosfamilias* 9. *§.* 1. *ff. h. t.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 23. *defin.* 9.

12. Compensare potest id, quo naturaliter simul ac civiliter debetur, sive ex pari sive ex diversa causa, sive ex contractu, sive ex delicto debitum cum eo quod ex contractu debetur, vel quantitatem actione in rem petendam cum ea quæ in personam actione petitur, compensari, nihil vetet: dum & tunc nostra interest magis non solvere, quam solutum repetere, *l. ult. C. h. t. l. si ambo* 10. *§. quotiens* 2. *ff. h. t.* Quin & si ex crimine publico agatur pecuniarie, cum vicissim deberetur ex conventione, compensationi locus est, arg. *l. aufertur* 46. *§. qui compensationem* 4. *ff. de jure fisci.* Patria denique crimina respectu pœnæ pecuniariæ per mutuam placuit dissolvi pensationem, *l. viro* 39. *l. cum mulier* 57. *ff. soluto matrimon. l. ult. §. pen. ff. de eo per quem fact. erit, quo min. quis jud. se sistat*, *l. si duo dolo* 35. *ff. de dolo malo*, *l. apud Celsum.* 4. *§. Marcellus* 13. *ff. de doli mali & met. except.* Secus, si de pœna publica quæstio sit; quippe quo casu magis uterque delinquens ad pœnam legitimam damnandus est, *l.* 2. *§. qui hoc dicit.* 4. *l. si uxor* 13. *§. judex adulterii* 5. *ff. ad leg. Jul. de adulter.* compensat enim quisque, quod sibi, non quod alteri, adeoque nec quod publico debitum, qualis est pœna publica; & non relatione criminum, sed innocentia rei purgantur, *si quis reus* 3. *pr. ff. de publ. judiciis.*

13. Si quid mero jure civili debitum sit, quale, quod summo jure civili peti quidem potest, sed exceptione opposita perimitur, ejus compensatio probata non est, *l. quæcunque* 14. *ff. h. t.* quia talis pecunia juribus debita non est, *l. quod si maritus* 3. *§.* 1. *ff. de constit. pecunia*, & similis habetur ei, quæ nullo modo debetur, *nihil interest* 112. *ff. de reg. juris.* Aliud dicendum, si quis naturaliter tantum debitum sit; quippe quod, uti novari potest, & in constitutum deduci, & fidejussores ac pignora recipere, ita quoque recte compensatur; non modo cum alio simili debito naturali, sed & cum eo quod naturali simul ac civili jure vicissim debetur; cum generaliter sine ulla distinctione Ulpianus responderit, *etiam quod natura debetur, venire in compensationem*, *l.* 6. *ff. h. t.* adde *l. si peculium* 20. *§. quod si* 2. *ff. de statuliberis*, *l. si peculium* 6. *§. sicut* 4. *ff. de pecul. legato* junct. *l. servi ex delictis* 14. *de oblig. & action.* & eo ipso, quo is, qui naturaliter ac civiliter obligatus erat, incipit creditorem suum sibi vicissim naturaliter devinctum habere, tollatur utrimque æquitatis vinculum, quæ est naturalis obligatio; quo fit, ut sola & mere civilis obligatio supersit, quæ natura sua inefficax est, *l. Stichum aut Pamphilum* 95. *§. naturalis obligatio* 4. *ff. de solution.* ac denique constat, naturalis debiti exactionem quidem nullam, at omnino soluti retentionem esse, *l. naturaliter* 13. *l. si quod* 64. *ff. de condict. indeb.* compensans autem re ipsa sibi consulit per retentionem, in quantum dicitur non solvere potius, quam solutum repetere, *l. ideo compensatio* 3. *ff. h. t.* Nec

obstat, cum, qui compensat, *petere* videri, *l. amplius non peti* 15. *ff. ratam rem haberi*, *l. neque scriptura* 8. *C. h. t.* debiti vero naturalis nullam petitionem esse. Considerandum enim, *petitionis* vocabulum latius in jure nostro patere, ut non modo actionem in judicio instituendam, sed & retentionem per oppositam doli mali exceptionem, aut allegatam compensationem, complectatur: eo modo quo *& agere is videtur*, qui exceptione utitur, *l.* 1. *ff. de exception.* atque eo sensu impensarum *repetitio* datur, *l. domum* 5. *Cod. de rei vind.* quas tamen *nullo alio modo quam per retentionem* servari posse, Julianus monet, *l. si in area* 33. *in fine ff. de condict. indeb.* nec dubium esse potest, quin & in objecta *d. l.* 15. latiore illa significatione *petendi* vocabulum Paulus accederit dum eum, qui debitum oblatum acceptavit, quique deductione debiti usus est, videri *petiisse* ait, Confer Vinnium *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 49.

14. Quia vero pluribus in casibus dubitari posset, utrum natura hujus vel illius debiti compensationem patiatur, nec ne; operæ pretium erit, præcipuas paucis attingere factorum species, in quibus ea admittenda videtur, his dein illas subnectere, in quibus cessat. Jure ergo compensatur etiam illud, quod alio in loco jam cœptum peti; ne alioquin vigilando sibi litemque contestando conditionem suam actor videretur reddidisse deteriorem, *l. in compensationem* 8. *ff. h. t. l. non solet* 86. *ff. de reg. juris.* Uti & certo loco debitum, cum eo, quod debetur sine loci adjectione, si modo habeatur ratio ejus, quanti interest, loco p ius adjecto quam alibi solvi, *l. pecuniam* 15. *ff. h. t.* Adhæc debitum ex sententia fiduciariam seu provisionalem (ut appellant) solutionem injungente, cum eo, quod ex definitiva debetur, dummodo cautio interponatur de solvendo, si solutionis fiduciariæ decretum postea per definitivam retractetur. Charondas *respons. lib.* 11. *resp.* 83. *in fine*, Ant. Faber *C. l.* 4. *tit.* 23. *def.* 9. *post. med. n.* 12. Christinæus *ad Leg. Mechin. tit.* 1. *art.* 24. *in notis ad n.* 13. Præterea impensæ litis, in quas quis sive ob litem temere motam, sive ob detentionem personæ vel rerum calumniose factam, sive ob retardatam ex libelli mutatione litem aut similes alias ob causas condemnatus est, cum eo, quod ipsi alia ex causa liquida debitum; eo quod ad summum hæ litis impensæ considerandæ sunt velut pœna quædam temere litigantium ex quodam delicto debita, cujus procul dubio compensatio est, *l. si ambo* 10. *§. quotiens* 2. *ff. h. t.* Joh. Papon *lib.* 12. *tit.* 6. *art.* 5. Ant. Faber *Cod. lib.* 7. *tit.* 18. *defin.* 29. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 31. *defin.* 19. Illa quoque debita, quæ temporaria sunt, intra certum tempus secundum leges aut consuetudines exigenda sub pœna præscriptionis, cum alio debito perpetuam exactionem habente, si modo cœperit utrimque deberi, antequam lapsum esset spatium illud anni, biennii, aut temporis alterius brevioris, quo temporalis obligationis ex lege vel more præscriptio impletur; etiamsi compensatio demum post temporis illius decursum objiciatur: cum tantum allegetur, jam tum eo tempore, quo debitum utrimque consistebat, ab ipso jure contributionem ac confusionem ad quantitatem concurrentem contigisse, Parladorius *rer. quotidian. l.* 1. *§.* 13. *n.* 17. Franc. Niger Cyriacus *l.* 2. *controv. for.* 307. *n.* 2. Abrah. a Wesel *ad novel. constit. Ultraject. art.* 21. *n.* 48. aliique ibid. cit. Nec minus ejus, quod quis se soluturum juravit, cum alio simplici debito compensatio est; cum fidem jurisjurandi implere censeatur, qui compensat; dum & compensans dare intelligitur, *l. vel permutavit* 19. *ff. de liberari causa*, *l. dedisse* 78. *ff. de verb. signif.* ac solvere, qui se liberat ab obligatione, *l. si se non* 4. *§. pen. ff. de re judic.* neque interest, pensando quis satisfaciat, an naturaliter solvat, *l. si debitor.* 4. *ff. qui pot. in pign. l. si constat* 4. *C. h. t.* ac denique jusjurandum actui gesto adjectum non mutat actus gesti naturam, sed tantum eundem confirmat, ac de cetero sequitur naturam actus, cui apponitur; ut proinde non minus is, qui juravit se soluturum, compensare possit, quam qui sine jurejurando ad solvendum se devincit, Fachineus *controv. lib.* 1. *cap.* 7. Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 18. 19. 20. Perezius *Cod. h. t. nu. ult.* Respon. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 25. *in med.* dissent. Matth. de Afflictis *dec.* 381. Neque his contrarium est, quod dedisse aut solvisse non videatur, qui acceptilatione liberatur, *l. Julianus ait.* 45. *ff. de condit. & demonstr. l. solutam* 49. *in fine ff. de solutionibus*, adeoque nec qui compensatione liberari cupit, dum compensatio non minus, quam acceptilatio, a solutione diversa est. Etenim in d. l. 45. agitur de eo, qui ad dationem aut solutionem ex conventione vel testamento aliave causa obligatus erat, sed de eo, cui legatum erat sub conditione, *si heredi dederit:* quæ si dare nolit, invitus compelli nequit, sed tantum legato caret, quasi deficiente legati conditione. Ceterum, quia in conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, easque regit, *l. in conditionibus ff. de condit. & demonstrat.* hinc placuit, conditiones, ultimis appositas voluntatibus, specifice ita ut conceptæ sunt, implendas esse, non vero per æquivalens, usque adeo, ut nec servo solvi posset, quod testator per conditionis modum voluerit domino solvi, & vice versa, *l. qui heredi* 44. *pr. & §. seqq. ff. de condit. & demonstrat.* prout id etiam tradidi infra *num.* 16. *post med.* & *tit. de condit. Institut. num.* 25. Hæc vero, de conditionibus definita, nemo dixerit ad obligationes *solvendi* transferri oportere; cum contrarium appareat ex solutionum materia, & præcipue *d. l.* 49. *ff.* de solutionibus, in cujus legis fine cum dicitur, ad id, quod accepto latum est, solutionis verbum non pertinere, sed satisdationis vel satisfactionis, solutio in sensu strictissimo accipitur pro naturali præstatione ejus quod debetur, uti id patet ex primis verbis legis, & ex *pr. Instit. quib. mod. toll. obligatio*, qualis præstatio naturalis cum non sit in acceptilatione, quippe quæ tantum imaginaria solutio est, recte dicebatur *solutionis* verbum ad acceptilationem haud pertinere. Qua ratione etiam ab Ulpiano scriptum, *acceptilationem solutioni comparari*, *l. non solum* 7. *§. si is* 1. *ff. de liberatione legata.* Quin & debitum hypotheca immobilium munitum, nec non ipsam sortem annui reditus compensari, nihil prohibet, non modo cum simili debito, sed & cum alio quocunque, etiam pretio rerum minutim venditarum, eo quod leges non distinguunt: si modo debitum hypothecarium vel fors annui reditus ejus sit conditionis, ut repeti ab invito debitore possit. Secus, si repetitio sortis denegata sit, vigeatque parœmia, *eens renten altyt renten:*

nam cum tunc sortis restitutio in obligatione non sit, vix est, ut compensetur, quod debitum non est, etiamsi utrimque talem reditum annuum concipiamus constitutum. Plane si ipse reditus annui debitor, luendi reditus potestatem habens, compensare sortem cum alio debito paratus sit, mos ei gerendus esset; cum jam ex voluntate sua cœperit sortis debitor esse. In qua compensatione propterea etiam, velut singulare, notant pragmatici, illam non ipso jure fieri, nec ipso jure sisti cursum usurarum aut annuarum redituum, ex quo incepit utrimque deberi, sed demum, ex quo debitor redituum talium suam declaravit de compensatione facienda voluntatem: nam cum ante talem mentis testationem nulla sortis reddendæ obligatio nata esset, deerant utique termini habiles compensationis. Confer Molinæum *de usuris quæst.* 43. *numer.* 322. & *seqq.* Zoesium *ad Pand. h. t. num.* 33. Surdum *decis.* 117. Abr. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 20. *n.* 27. 28. 29. Responsa Juric. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. consil. 62.

15. Ex adverso compensationi locus non est in deposito, etsi utrimque res ejusdem generis deposita proponatur, *l. ult.* §. 1. *in fine C. h. t. pen. C. depositi*, quod jus prohibitæ in deposito compensationis, an etiam ante Justiniani tempora obtinuerit, disputat Rævardus *lib.* 1. *varior. cap.* 11. Neque audiendos puto, qui compensationem quidem denegatam putant, retentionem tamen, præcipue pro impensis necessariis in rem depositam factis, permissam arbitrantur; quos citat & sequitur Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *c.* 51. Si enim generaliter definitum sit, depositarium deposita reddere *illico modis omnibus* compellendum, nullamque *compensationem, vel deductionem, vel doli exceptionem* posse opponi; quasi & ipse quasdam contra eum, qui deposuit, actiones personales, vel in rem, vel hypothecarias haberet; cum non sub hoc modo depositum acceperit, *ut non concessa retentio generetur*, *l. pen. C. depositi*, non animadverto, quo modo ista sententia cum verbis legis adeo emphaticis, ac omnem non modo *compensationem*, sed & *deductionem* ac *doli exceptionem* vetantibus, imo *non concessam retentionem* ponentibus, conciliari satis possit; præsertim si consideres, opposita doli mali exceptione solitam fieri pro impensis retentionem, §. *ex diverso* 30. *Instit. de rer. divisione*, Donellus *ad d. l. pen. C. depositi n.* 9. adde quæ scripsi *tit. commodati n. ult.* ubi & quid moribus fieri possit.

16. In causis quoque momentaneæ possessionis compensatio improbata fuit, quoties quis possessionem alienam rapina, furto, vel aliter perperam occupavit; cum spoliatus ante omnia restituendus sit, *l. ult.* §. *ult. C. h. t.* Zangerus *de except. part.* 3. *cap.* 8. *nu.* 119. Quod & ad reparationem attentatorum extendit Marta in *digestis juris noviss. tom.* 3. verb. *compensatio cap.* 19. Tributorum insuper & vectigalium exactioni nullam objici compensationem, utilitatis publicæ gratia constitutum est, sive illa fisco debeantur, sive civitati, *l. aufertur* 46. §. *ut debitoribus* 5. *ff. de jure fisci*, junct. *l. in ea* 3. *C. h. t.* Zangerus *de except. part.* 3. *cap.* 8. *num.* 19. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 36. *num.* 11, & 13. Nec ejus quod fisco vel civitati debitum ex causa annonaria, *d. l.* 46. §. 5. *ff. de jure fisci, d. l.* 3. *C. h. t. l. ob negotium* 20. *ff. h. t. l.* 2. §. *ad frumenti* 4. *ff. ad admin. rer. ad civit. pertin.* Nec obstat *l. ideo* 17. *ff. h. t.* cum de ædile agat, qui a curatoribus annonæ distinctus est: distribuit nempe ædilis annonam, quam ab annonæ curatoribus acceperit, ac proinde ædilis non est fisci debitor ex causa annonaria, sed magis ipsi curatores, qui pecuniam annonariam a fisco annonæ procurandæ causa acceperunt, Cujacius *lib.* 2. *observ.* 23. licet aliud ædilium officium fuisse circa annonam præbendam, eosque annonam publice præbendam redemtoribus elocasse, putet Revardus *libr.* 5. *varior. cap.* 4. Non etiam compensatur quod reipublicæ debitum ex calendario vel ex causa fideicommissi, *d. l.* 3. *C. h. t.* nec pretium rei per fiscum venditæ, cum eo, quod fiscus alia ex causa debet, *d. l.* 46. §. 5. *ff. de jure fisci.* Nec merces a publicanis pro vectigalium conductione fisco pendenda, si vicissim fiscus iis alia ratione devinctus sit, *l. in ea* §. *C. h. t.* Ant. Matth. *de auction. lib.* 2. *cap.* 6. *n.* 9. 10. Nec quisquam alimenta futura, sive ex contractu, sive ex legato debeat, sive privatis, sive corpori seu collegio, velut orphanotrophio, nosocomio, gerontocomio, similibusque, præstanda; idque favore alimentorum, quorum intuitu singularia multa præter communes juris regulas recepta sunt, ne eorum præstatio differatur, licet alioquin aliis in casibus dilatio atque suspensio probata esset, *d. l. in ea* 3. *C. h. t.* arg. *l. si, instituta* 27. §. *pen. ff. de inoffic. testam. l. qui pro tribunali* 2. *in fine ff. de re judic. l ult. ff. de appellat. recip. vel non.* Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 23. *defin.* 7. Zangerus *de exception. part.* 3. *cap.* 8. *num.* 28. 29. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 8. *defin.* 9. Secus, quam obtinet in alimentis in præteritum debitis, quippe quæ uti desinunt propriam habere naturam alimentorum, dum nemo in præteritum alendus est, & simplicis *transaction. num.* 14. ita nec gaudent privilegiis, quibus alimenta vera a jure munita sunt. Idemque est, si de alimentorum jam præstitorum pretio solvendo quæratur; cum illud pecuniarum, non alimentorum, debitum sit, Ant. Matthæus *de obligat. disput.* 40. *th.* 10. Adhæc, si quid alicui legatum sit sub conditione *dandi decem tertio*, compensatio non videtur admittenda ad eum effectum, ut conditio *dandi* censeretur impleta; quia nec impleta censetur per acceptilationem, quæ æque, ac compensatio, annumeratur modis, quibus ipso jure obligatio perimitur, *l. Julianus ait* 45. *ff. de condit. & demonstrat.* Ut tamen favore libertatis id permittatur statulibero, qui sub conditione, *si decem dederit*, liber esse jussus est, *l. si peculium* 20. §. *quod si heredi* 2. *ff. de statuliberis*; quod in exemplum trahendum non est, cum & per partes *ista decem* statuliber heredi præstare possit favore libertatis, licet alioquin solutio debiti particularis invito creditore permissa non sit, *l. cum heres* 4. §. *item si decem* 6. *ff. de statuliberis*, junct. *l. tutor.* 41. *ff.* 1. *ff. de usuris.* Amplius, usu probatum, compensationem non admitti, in pretio rei venditæ, cum auctione publica necessaria, quæ judicati exsequendi causa, vel curatore bonorum jam constituto sit, licitatione vicit & ita pretii debitor esse cœpit, qui alia ex causa creditor est: ubi enim ita sub hasta emit, non jam pretium incipit debere debitori suo, sed creditoribus ejus, atque ita quod uni debet, compensaret alteri, quod jura non sinunt. Prolixe Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 7. ubi plures citat. Annui præterea annonis

compensationem cum alio debito non satis apte fieri, nisi alia concurrant, monui *tit. si ager vectigal. id est emphyteut. pet. num.* 39. Debitum unius tabernæ seu stationis credito compensari, negant statuta Antwerpiensia *tit.* 52. *art.* 7. sed hæc plenius petenda ac decidenda ex iis, quæ dicta *tit. de tributoria act.*

17. Ceterum, ut compensationi locus esse queat, requiritur, ut debitum utrimque sit purum & liquidum; id est, quod jure aperto nititur, & certum ac indubitatum est, veluti ex confessione adversarii, sententia judicis, instrumento publico, atque ita judici facilem sui exitum præstare potest, *§. in bonæ fidei* 30. *Instit. de action. l. ult. §.* 1. *C. h. t.* Zangerus *de exception. part.* 3. *cap.* 8. *nu.* 94. *& seqq.* Si quid in diem debeatur, non compensatur, antequam dies venit, quamvis dare oporteat, l. *quod in diem* 7. *ff. h. t.* quod tamen haud confundendum cum debitis illis, quæ quandam solutionis dilationem ex æquo & bono habent, veluti quæ debentur ex causa judicati, cui quatuor mensium dilatio adhæret; hæc enim medio tempore compensari, nihil vetat; cum aliud sit, diem obligationis non venisse; aliud, humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis, *l. cum militi* 16. *§.* 1. *ff. h. t.* Illiquidi adeo non admittitur compensatio, ut, licet ex juris Romani principiis defendi possit, opposita doli mali exceptione de debito illiquido; protelari condemnationem ad solvendum id, quod liquidum est, de quo Vinnius *select. quæst. libr.* 1. *cap.* 50. moribus tamen nostris, quibus liquidi debiti solutiones fiduciariæ in principio litis decerni solent, ne per modum quidem exceptionis proponi possit, ad id, ut differretur sententia judicis aut executio, donec liquidum fuerit factum; Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 36. *num.* 3. nisi in continenti liquidum reddi possit; intra duos quidem menses in debito fiscali, seu eo, quod quis sibi vicissim a fisco debitum ait, *l. aufertur* 46. *§. qui compensationem* 4. *ff. de jure fisci*, in aliis tempore arbitrario per judicem definiendo, Menochius *lib.* 2. *arbitrar. casu* 14. Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 50. Zoesius *ad Pandect. h. t. n.* 11.

18. Necesse insuper ad compensationem, ut debita sit utrimque quantitas seu res fungibilis, ejusdem generis, non diversi, quo fit, ut olei quidem cum oleo, vini cum vino, pecuniæ cum pecunia: at non pecuniæ cum vino, olei cum frumento compensatio admittatur, repugnante ipsa compensationis natura ac denominatione, *l. si ambo* 10. *§.* 2. *l.* 11. *l.* 12. *ff. h. t. l. si constat.* 4. *l. si propter* 8. *C. h. t.* Quantitatis debito simile, quantum ad compensationem attinet, si idem genus utrimque sit debitum; ita ut utrimque debitori competat electio, quam speciem ex genere debito velit solvere; eo quod tunc quisque liberari potest solvendo eam speciem, quæ ei per adversarium soluta est, nec aliam accipere compellitur, quam qua reddita vicissim ipse liberatur. Secus si vel ex uno latere vel utrimque creditoris electio esset, quam ex genere debito speciem persequatur; cum hoc casu verum non sit, unumquemque solutione illius speciei, quam ex genere debito consecutus est, vicissim defungi posse. Ita sane distingui, jubet analogia juris, etsi alii simpliciter affirment, alii in universum negent, generis cum genere compensationem esse. Vide Zoesium ad *Pand. hoc tit. num.* 14. Wissenbac *ad Pand. h. t. num.* 1. *post med.* Corporis in specie debiti cum corpore alio, vel corporis cum quantitate debita nulla compensatio est, *l. quod dicitur* 5. *ff. de impensis in rem dot. factis*, adeo ut, si corpus aut quantitas alternatim debeatur, compensatio demum fieri possit, si debitor declaraverit, se velle solvere quantitatem, *l. si debeas* 22. *ff. h. t.* Quin &, si quantitas, veluti pecunia, debeatur tanquam corpus, dum forte legata sunt *centum quæ in arca* testator habet, compensationem talium nummorum jus nostrum videtur reprobasse, dum negat eos *permutationem recipere*, ac exemplo cujuslibet corporis æstimari jubet, *l. sed si certos* 51. *ff. de legatis* 1. Fachineus *controv. lib.* 1. *cap.* 6. Quorum omnium illa ratio est, quod, ubi ex uno latere corpus, ex altero quantitas, vel utrimque quantitas diversi generis, vel utrimque certa species, in quam cadit vel cadere potest peculiaris affectio, debetur, nulla adest debiti paritas aut æqualitas, in compensatione desiderata, & aliud pro alio invito creditori solvi non potest, quod tamen fieret, si compensationis interventu quisque retineret, quod debet. Nec vest, quod objiciatur corpora solvi posse; unde & videbantur compensanda, quia nihil interest, solvat quis, an penset, ut ante dictum ex *l. si debitor* 4. *ff. qui pot. in pignore*, *l. si constat* 4. *C. h. t.* Etenim licet idem compensationis, qui solutionis, effectus sit, quotiens termini habiles compensationis existunt; non tamen ideo sequitur, omne, quod solvi potest, etiam compensationem recipere: nam & acceptilationis idem qui solutionis, effectus est; & tamen solas verborum obligationes, non item alias, acceptilatione tolli constat, *§.* 1. 2. *Instit. quib. mod. toll. oblig.* Minus movet, quod & in commodato, in rebus amotis aut a conjuge denotatis, & in aliis corporibus reddendis compensationis jus a legibus probatum est, *l. in rebus* 18. *§. ult. ff. commodati*, *l. fructus* 7. *§. ab donationes* 5. *ff. soluto matrimon.* cum facile poni possint termini habiles, quibus corporum extinctorum aut depretiatorum æstimatio debetur. Adde Fachineum *controv. lib.* 11. *cap.* 7. Vinnium *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 49. *in pr.*

19. Quod si compensationis in judicio allegatæ rationem judex non habuerit, salva nihilominus manet petitio; neque enim rei judicatæ exceptio objici potest, ubi judex de eo solo pronunciavit, compensationem non posse locum invenire; dum innumeris prope modis evenit, ut ejus quod vere debitum, compensatio non fiat ob deficientia requisita ejus. Aliud dicendum foret, si judex reprobasset pensationem, quasi non existente debito: tunc enim exceptio rei judicatæ nocitura esset persequenti idem, velut debitum, *l. quod in diem* 7. *§.* 1. *ff. h. t. l. autem is* 8. *§. si quocunque* 2. *ff. de negot. gestis*, *l.* 1. *C. de crimine expil. hered. l. in rebus* 18. *§. ult. ff. commodati*, *l.* 1. *§. præterea* 4. *ff. de contrar. tut. & utili act.*

20. Cum compensatione non confundendum jus retentionis, licet in quibusdam compensationi haud sit adsimile, ac compensationis exemplo etiam si executione opponi posit; Ant. Faber *C. lib.* 7. *tit.* 21. *defin.* 12. Nec recte dixeris, retentionem cessare, quia cessat compensatio, cum retentio locum habeat etiam in corporibus compensationem non admittentibus; ac in debitis etiam non liquidis admissa sit; nec obligationem ipso jure perimat, uti quidem fit

per compensationem. Pluribus autem in causis retentiu usum invenit: nam & nauta merces pro contributione propter jactum retinet; & venditor, donec: venditæ rei pretium solutum fuerit; & uxor res mariti, donec dos & reliqua mulieris bona restituantur; & institor merces sibi a præponente commissas, donec sibi solutum sit, quod præponens debet; de quibus plenius suis locis. Præcipue retentioni locus ob id, quod occasione rei retentæ debetur; veluti ob impensas in eam factas, aut opificia, vel artificia circa eam præstita; qua ratione fullones, sartores, bonæ vel malæ fidei possessores, panni, vestis, rerum possessarum retentione sibi recte consulunt, pro mercede vel impendiis factis obtinendis; uti & magistri navium habent jus retinendi merces pro naulo arg. *l. pen. ff. locati*, Andr. Gayl *lib.* 2. *observ.* 12. *num.* 6. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 10. *num.* 21. *& lib.* 1. *cap.* 19. *nu.* 58. Respons. Juric. Holl. *part.* 1. *consil.* 196. Confer Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 37. Nec dubium, quin illi, quibus retentionis a lege vel consuetudine datum est, id ipsum tum ad heredes suos, tum ad successores particulares, quibus vendiderunt, donarunt, legarunt, aut aliter cesserunt mercedis exigendæ sumtuumve recuperandorum jus, transmittant, arg. *l. in hoc judicium* 14. *§. impendia* 1. *ff. communi divid.* ibique Costalius, Berlichius *conclus. pract. part.* 2. *conclus.* 52. *n.* 11. 12.

21. An autem jus retentionis habens teneatur rem adversario restituere, quoties is idoneam de reddendis impensis, aut mercede solvenda, cautionem offert, judicis circumspecti arbitrio videtur committendum, prout ex circumstantiis e apparuerit, vel eum, qui suo impensarum aut mercedis prætextu diu id intendere debitorem impensarum, ut re recuperata sub cautione, longa deinceps ac calumniosa litis protelatione difficilem adversario faciat impendiorum, mercedis, similiumque persecutionem. Vide Ant. Fabrum *C. lib.* 3. *tit.* 22. *defin.* 15.

TITULUS II.

Depositi vel contra.

SUMMARIA.

1. *De deposito in æde sacra, in horreis publicis, apud argentarios. Quid sit contractus depositi? An depositum maneat, si id agatur, ut* tantundem *reddatur?*
2. *Cujus gratia depositum celebrari possit? An solius depositarii gratia? recensentur casus, quibus dubium, an mandatum an depositum sit.*
3. *Quales res deponi possint? an & immobiles? an & res propria apud suum dominum?*
4. *Directa actio depositi quibus detur? An & tertio, de quo id actum ut ei reddatur? Quid juris, si plures eandem rem dividuam vel individuam deposuerit, vel uni deponenti plures heredes extiterint?*
5. *Contra quos detur? Quid si plures sint depositarii, vel plures unius depositarii heredes? An detur contra manumissum de eo quod durante servitute recepit? an & contra tertium possessorem?*
6. *Ad quid tendat? ubi & de accessionibus rerum depositarum, & circa obsignata deposita, & usuris rerum fungibilium depositarum.*
7. *Qualem culpam præstet depositarius? quando de casu fortuito teneatur? Quid juris, si ipse vel heres ejus rem depositam vendiderit, ac tunc illa casu perierit?*
8. *An deponens rem a depositario alienatam vindicare possit? & quid juris, si depositarius res suas ex incendio eripuerit, non salvatis depositis? remissive.*
9. *An depositi restitutio impediri possit compensatione, retentione ob impensas, exceptione non numeratæ pecuniæ, intercessione tertii, pacto* de utendo si velit, *vel ut demum post certum tempus reddatur?*
10. *Contraria actio depositi ad quid tendat? an res pro damno noxæ dari depositario possit?*
11. *De deposito miserabili, & quid in eo moribus obtineat?*
12. *Quid sit depositum sequestrarium? An sequester possideat rem sequestratam?*
13. *Quæ potestas, quæ officia sequestrorum sint? & an sequester jurisdictionem aut jus patronus exercere possit, si res, quibus ea jura cohærent, sequestrata sint?*
14. *Propter quas causas invito altero litigantium sequestratio fieri possit, etiam ipsius pecuniæ numeratæ; an possessor rei impedire possit sequestrationem ejus per oblationem idoneæ cautionis?*
15. *De actionibus ex deposito sequestrario natis; & quando iis locus sit? quæ pœnæ sint subducentium auctoritate privata res sequestratas?*
16. *De obsignatione publica ædium, cœnaculorum, cistarum, sarcinarum; & quando auctoritate privata resignatio fieri possit, vel non?*
17. *De depositione pecuniæ apud acta; quid si graphiarius eam in suos usus converterit? quid si & foro cesserit, an potiores sint, qui ita deposuerunt, in bonis ejus? An & ipsi magistratus tunc teneantur?*

1. Custodiæ causa Romanos res suas sæpe in æde sacra deposuisse, notum est; & plenius exsequitur Rævardus *lib.* 1. *varior. cap.* 15. quandoque & in publicis horreis, *l. pignus in bonis* 9. *C. de pignorat. act.* D. Noodt *probabil. libr.* 4. *cap.* 3. *ant. med.* nonnunquam apud argentarios seu mensularios, *l. si hominem* 7. *§. pen. & ult. l.* 8. *ff. h. t. l. si ventri* 24. *§. in bonis* 2. *ff. de reb. auct. jud. possid.* Rævardus *d. cap.* 15. *in pr. & circa fin.* frequenter apud privatos, mediante contractu depositi, qui est bonæ fidei, ac re constans, quo res alteri gratis custodienda traditur, ea lege, ut quandocunque restituatur eadem in specie *§. pen. instit. quib. mod. re contrah. oblig.* Quod si id actum sit, ut *tantundem* restituatur, cum esset deposita pecunia aliave res fungibilis, egreditur quidem ea res notissimos depositi terminos, quatenus rerum depositarum dominium transit in accipientem, ac in creditum itur; in ceteris tamen manet natura ac contractus depositi, *l. Lucius Titius* 24. *l.* 25. *§.* 1. *l. si sacculum* 29. *§.* 1. *ff. h. t. l. in navem* 31. *ff. locati.* Idemque est, si res æstimatæ depositæ fuerint, & pretium earum restituatur, arg. *l. si vir. uxori* 52. *ff. de donat. inter vir. & uxor.* In mutuum tamen totum abire negotium Ulpianus tradit, cum id expresse actum est, ut depositarius utatur nummis depositis;

l. certi condictio 9. §. *ult. l.* 10. *ff. de rebus creditis.* Plura scilicet in jure nostro aliud operantur, si expressa fuerint, quæ verbis idem significantibus involuta ac tecta, alium effectum habent; adeoque manet depositum, si id agatur, ut *tantumdem* reddatur, quamvis huic formulæ insit utendi licentia; mutuum fiet, ubi nominatim de pecuniæ depositæ usu convenit, *d. ll.*

2. Licet autem depositum plerumque deponentis solius gratia celebretur; nihil tamen vetat, quo minus exemplo mandati etiam quandoque deponentis, & depositarii, vel deponentis & tertii, vel depositarii, & tertii utilitas apparere queat. Quin imo, cum mandatum solius mandatarii causa interpositum reprobatum esset, §. *tua tantum* 6. *instit. de mandato*, depositum tamen in depositarii solius commodum fieri posse placuit, in facti specie, quæ est in *l. si quis nec* 4. *ff. de rebus creditis*, ceterum adeo magnam mandatum cum deposito affinitatem habet, ut aliquando dubium sit, utrum mandatum, an magis depositum, intercessisse intelligatur. Qua ratione si procuratori instrumenta causæ data sint, nec is ea mihi reddat, fuerunt, qui depositi cum eo agendum putarunt; quorum tamen sententiam, ut minus probabilem, Labeo rejiciens, mandati actionem dedit, & quod uniuscujusque contractus initium spectandum ac causa, *l. si procuratorem* 8. *ff. mandati.* Similiter, si te rogaverim, ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias, idque fecerim, mandati magis quam depositi actionem esse, Pomponius ait, quia mandatum primus contractus est, *l.* 1. §. *idem Pomponius quærit* 13. *ff. h. t.* Quin imo si rem meam tibi dedi ad Titium perferendam, *ut is eam servet: & si is eam non receperit, tu custodias*: sique eam non receperit, non tantum depositi, sed & mandati tecum agere possum, quia plenius est mandatum, habens & custodiæ legem, *l.* 1. §. *si te rogavero* 11. & 12. *ff. h. t.* ac mandare me posse, ut & custodiam mihi præstes, Paulus docet *l. naturalis* 5. §. *sed, si facio* 4. *in med. ff. de præscript. verbis.*

3. Deponi possunt res omnes, sive fungibiles sive non fungibiles, sive mobiles sive immobiles; cum & immobilium custodia alteri tradi queat, *l. emtor ædium* 38. *ff. de damno infecto*, & commendari, quæ commendatio depositio est, *l. Lucius Titius* 14. *in med. ff. h. t. l. commendare* 186. *ff. de V. S.* atque insuper immobilium commodatum sustineatur, *l.* 1. §. 1. *ff. commodati*, nec ratio appareat, cur minus depositum immobilium quam commodatum fiat. Dum utrobique idem traditionis modus potest intervenire; imo finis depositionis est custodia rerum, quæ etiam circa immobilia locum habet; & ipsi commodato immobilium inest substantia depositi, inest custodia, dum commodatarius vel immobilem commodato accipiens, etiam custodiam ejus in se recipit, eamque pleniorem quam ex causa depositi; cum in deposito sola lata, in commodato levissima quoque culpa ac custodia exactissima præstanda veniat, *l. si, ut certo* 5. §. *nunc videndum* 2. *in fine ff. commodati.* Et quamvis negandum non sit, quin & mandari rerum immobilium custodia possit; quia tamen in mandato levissima, in deposito sola lata culpa præstatur, facile quisque depositi titulo rerum alienarum custodiam recipiet, difficilius longe ex causa mandati, in quo nihil neglectum, aut declinatum, culpa vacuum foret, *l. in re mandata* 21. *C. mandati.* Nec interest propriæ res sint, an alienæ, eo quod dominium non transit; adeo ut & fur ac prædo deponere possit, *l.* 1. §. *si prædo* 39. *l. bona fides* 31. §. 1. *ff. h. t.* & creditor pignus, *l. pignus in bonis* 9. *C. de pignorat. act.* ac depositarius rem ipsam apud se depositam, *l. si is, apud* 16. *ff. h. t.* Si modo id unum caveatur, ne quis alienam rem apud ipsum deponat rei dominum; ut enim neque emptio, neque precarium, neque pignus, ita nec depositum suæ rei consistere potest, *l. neque pignus* 45. *ff. de regul. juris*, nec ulla in dominum, ex causa depositi forte rem suam ignoranter accipientem, actio est ad restitutionem, *d. l.* 31. §. *in fine ff. h. t.*

4. Ex hoc contractu descendit actio depositi directa & contraria. Directa datur deponenti, etiam prædoni vel furi; ut tamen in concursu potior domini vindicantis, quam furis ex deposito repetentis causa sit, *l.* 1. §. *si prædo* 39. *l. bona fides* 31. §. 1. *ff. h. t.* adhæc domino servi deponentis, licet servus jam manumissus aut alienatus esset, *l.* 1. §. *si servus* 30. *ff. h. t.* & hereditati jacenti, atque adeo heredi, si servus hereditarius deposuerit, *l. cum hereditas* 9. *C. h. t.* fisco quoque, si deponens ac publicationem bonorum passus sit, *l. bona fides* 31. *ff. h. t.* Quin & utiliter tertio, quoties id actum est ab initio, ut non deponenti sed tertio res deposita restituatur; idque præter strictas juris regulas ex mera æquitatis ratione, *l. pen. C. ad exhibendum*, *l. Publia Mævia* 26. *princ. ff. h. t.* Si plures rem communem deposuerint, vel plures uni deponenti heredes existant, si quidem dividua res sit, quisque pro sua tantum parte, non singuli rem totam repetere possunt (nisi depositi celebrati tempore id actum sit, ut unusquisque ex pluribus deponentibus rei totius repetendæ facultatem habeat) *l.* 1. §. *sed si duo* 44. Junct. *l. licet deponere* 17. *ff. h. t.* adeo ut, si pecunia in sacculo signata deposita sit, & unus ex heredibus ejus, qui deposuit repetere velit, promenda sit ac resignanda pecunia, vel coram prætore, vel intervenientibus honestis personis, & exsolvenda petenti pro parte hereditaria, residuo vel apud depositarium manente, sigillis videlicet prius ei impressis, vel ab his, coram quibus signacula remota sunt; vel si hoc recusaverit, in æde sacra deponendo, *l.* 1. §. *si pecunia* 36. *ff. h. t.* Nec is, qui rei dividuæ partem recuperavit, eam reliquis sive simul deponentibus communicat, si reliqui deinceps suas nequeant partes consequi ob depositarii paupertatem; ea ratione, quia juria vigilantibus scripta sunt, nec æquum est, industrium ac diligentem desidiæ alienæ aut negligentiæ pœnas subire, *l. ult. C. h. t.* junct. *l. pen. in fine ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.* Contra quam obtinet, si ex socio debitore suam partem consecutus esset, nec reliqui suas partes ob socii inopiam consequi possent, *l. verum est* 63. §. *si, cum tres* 5. *ff. pro socio.* Quod si individuum quid depositum sit, unicuique ex pluribus deponentibus, pluribusve deponentis unius heredibus, actio depositi in solidum competit; modo caveat agens, de partibus aliorum coheredum aut simul deponentium nullam depositario restituenti litem fore. Quam cautionem si præstare actor detrectet, depositarii est rem in æde sacra deponere, ut omni actione depositi liberetur, *d. l.* 1. §. *si pecunia* 36. *in fine ff. h. t.* Si tamen plu-

res rem individuam eodem tempore singuli sibi restitui desiderent, ei in concursu reddenda videtur, qui majore ex parte heres aut rei individuæ dominus est, ac de indemnitate idoneam depositario offert cautionem, arg. *l. si plures* 14. *ff. h. t.* Sed &, si duo de hereditate litigent, dum uterque se solum ex asse heredem contendit, ei hæc actio accommodanda, qui paratus est adversus alterum defendere depositarium de restituendo conventum; quod onus si non suscipiat, commodissimum est, in æde sacra rem deponi, donec de hereditate judicetur; *d. l.* 1. *§. apud Julianum* 57. *ff. h. t.*

5. Conveniendus hac actione depositarius & heredes ejus; quive, cum heres non esset, quasi heres lucrum ex re deposita percepit, *l. sed & si* 4. *ff. h. t.* Et si plures heredes sint, si quidem ex dolo defuncti agatur, non nisi pro ea parte conveniendi singuli, qua heredes sunt; sin defunctus dolo caruerit, is solutus heres, qui dolum ipse fecit, in solidum tenetur, nec in coheredes dolo carentes ulla ex dolo coheredis actio est, *l. in depositi* 9. *l.* 10. *ff. h. t.* si simul uterque coheres dolum admiserit, & uterque solvendo sit, ac de præstatione ejus quod interest, vel pecuniæ depositæ restitutione agatur; placuit unumquemque pro rata parte, qua heres est, aut pecuniam intervertit deponenti obstringi, *l. si duo* 22. *ff. h. t.* Si plures depositarii depositum receperint, adversus singulos in solidum actio ita comparata est, ut non electione unius, sed solutione, reliqui liberentur, ac in id quod ab uno in solidum convento servari nequit, adversus reliquos judicium supersit. Quin imo si unus in solidum conventus, ob id absolutus sit, quod dolo careat, nihil vetat, ad alterum perveniri, qui dolum fecit, *l.* 1. *§. si apud duos* 43. *ff. h. t.* In pupillum quoque, qui sine tutoris auctoritate suscepit depositum, recte agitur, quoties vel doli capax fuit, vel locupletior ex deposito factus est, *l.* 1. *§. an in pupillum* 15. *ff. h. t.* Insuper contra dominum & patrem, cujus servus aut filiusfamilias depositum suscepit, sive hi, qui in potestate sunt, sive illi, qui in potestate habent, dolum fecerint; adeo ut ex proprio quidem dolo in solidum conveniantur, ex dolo autem servi sui aut filiifamilias peculio tenus, *l.* 1. *§. filiumfamilias* 42. *ff. h. t. l. depositi* 5. *ff. de peculio.* Quia & in servum aut filium manumissum aut emancipatum actio datur de eo, quod adhuc in potestate constituti custodiendum receperunt, si modo post manumissionem adhuc manumissum possideat, non item, si sine dolo desierit possidere; quod in servo singulare est, cum alioquin ex contractibus in servitute celebratis nullum in manumissos judicium competat, *l. si apud filium* 21. *ff. h. t.* junct. *l. servi ex delictis* 14. *ff. de oblig. & act.* Quemadmodum nec ipsi manumissi agunt de eo quod adhuc servientes deposuerunt, *l.* 1. *§. si servus deposuit* 30. *ff. h. t.* arg. *l. juris gentium* 7. *§. pen. ff. de pact.* Etsi non videatur negandum, quin ex dolo circa depositum in servitute commisso, tanquam ex delicto, post manumissionem actione ex lege Aquilia conveniri possint, quia servi ex delictis obligantur, &, si manumittantur, obligati remanent, ac de dolo in servitute adhibito tenentur, *d. l. servi ex delictis* 14. *ff. de obl. & act.* junct. *l.* 1. *§. si apud servum* 18. *ff. h. t.* Plane adversus tertios rei depositæ possessores actioni depositi locus non est, *l. si is qui* 8. *C. h. t.* nisi depositarius jussu deponentis eam penes tertium deposuerit, *l.* 1. *§. si te rogavero* 11. *ff. h. t.* si enim jussus ille desiit, deponens primus contra primum depositarium ad id tantum agit, ut is actiones sibi contra depositarium secundum quæsitas cedat, *l. si is, apud,* 16. *ff. h. t.*

6. Tendit hæc actio directa ad id, ut res deposita restituatur in loco, ubi contractus hic celebratus fuit, nisi aliud actum sit *l. si in Asia* 12. *pr. & §.* 1. *l. ei, apud quem* 5. *§.* 1. *ff. h. t.* una cum accessionibus, etsi illæ non videantur depositæ. Qua ratione non modo fructus, partus, & omnis causa, in actionem venit, *l.* 1. *§. & ideo* 24. *ff. h. t.* sed & quæ tempore depositionis rebus depositis accesserunt, licet ipsa proprie non sint deposita, veluti equi depositi capistrum, aut servi vestis, *l.* 1. *§. qua depositis* 5. *ff. h. t.* junct. *l. si, ut certo* 5. *§. usque adeo* 9. *ff. commodati.* Si cista obsignata deposita sit, qui reddi oporteat, traditur in *l.* 1. *§. si cista* 41. *ff. h. t.* ac dictum latius ad *t. nautæ caupones stabularii ut recepta restit. num.* 8. Usurarum quoque rationem habendam esse, exigit generalis natura actionum bonæ fidei, sive de usuris per depositarium præstandis pactio sit apposita, cum id ageretur, ut non nummos in specie, sed tantundem redderet; licet ea res notissimos depositi terminos egrediatur, *l. Lucius Titius* 24. *ff. h. t.* sive pecuniam depositam in suos proprios usus converterit, *l. Quintus Cæcilius* 28. *ff. h. t. l. si deposita* 4. *C. h. t.* sive mora in reddendis rebus fungibilibus depositis commissa sit, *l. usuræ* 2. *C. h. t.* Si tamen his in casibus judex solius sortis, non item usurarum fecerit condemnationem, non ultra de usuris experiundi potestas est; cum non duæ sint actiones, altera sortis, altera usurarum, sed una; ex qua ubi condemnatio facta est, iterata actio rei judicatæ exceptione repellitur, *d. l. si deposita* 4. *C. h. t.*

7. Restituenda vero res deposita non deteriorata, adeo ut deteriorem reddens restituisse non intelligatur, nec liberetur, nisi id quod interest simul præstet, *l.* 1. *§. si res deposita* 16. *ff. h. t. l. sed mihi* 3. *§. si reddita* 1. *ff. commodati,* si modo deterioratio vel damnum rebus depositis illatum fuerit dolo aut lata culpa depositarii; quippe quam solam regulariter præstat, sive lata culpa negligentiæ sit, dum forte in propriis quoque rebus negligentissimus esse consuevit, sive lata culpa versutiæ intervenerit, dum minorem depositis, quam suis rebus curam adhibet, hoc ipso fraude non carens, *l. quod Nerva* 31. *ff. h. t. l.* 1. *§. is quoque* 5. *ff. de oblig. & action. l. contractus* 23. *ff. de reg. juris, §. pen. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* quod & moribus servari, patet ex Grotio *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 7. De levi culpa non tenetur, quia nulla vertitur ut plurimum depositarii utilitas; nisi mercedem pro custodia pactus sit, quo casu velut ex conducto teneretur, *l.* 1. *§. si vestimenta* 8. 9. *ff. h. t. l. si, ut certo* 5. *§. nunc videndum* 2. *ff. commodati.* Longe minus de levissima, nisi nominatim id pacto comprehensum sit, *d. l.* 5. *§.* 2. *ff. commodati, l.* 1. *§. si convenerit* 6. *& §. sæpe evenit* 35. *ff. h. t.* vel sponte se depositarius obtulerit deposito, *d. l.* 1. *§. sæpe* 35. *ff. h. t.* vel solius depositarii vertatur utilitas, juxta facti speciem in *l. si quis nec causam* 4. *ff.*

de rebus creditis. Denique nec casum præstat fortuitum, nisi id actum sit, ut tantundem reddatur, eo quod tunc in creditum itum intelligitur, & hactenus depositum mutuo in eo tertio exæquatum est, arg. *l. Lucius Titius* 24. *ff. b. t. l. in navem* 31. *ff. locati*, vel res casu perierit post litem contestatam, non interitura actori, si tempore litis contestatæ fuisset restituta, *l. si in Asia* 12. §. *ult.* junct. *l. si plures* 14. §. 1. *ff. b. t.* adde *tit. de rei vindicat. num.* 34. Sane si depositarius rem possidere desierit sine dolo aut culpa tali, ad cujus præstationem obstrictus erat, ne cavere quidem tenetur, *si deprehenderit, eam reddi*: licet reddere teneatur, ubi postea res iterum ad eum pervenit, *l. si sine dolo* 20. *ff. b. t.* junct. *l.* 1. §. *inde scribit* 21. *ff. b. t.* Quod si dolo malo rem apud se depositam vendiderit, iterumque redemerit in causam depositi, ac tunc illa casu perierit, ob dolum præcedentem adhuc ad pretii integri & ejus quod interest restitutionem obligatus est, cum nata semel obligatio ex venditione dolosa ad pretium & id quod interest, haud evanescat per supervenientem rei redemtionem, nec dolus purgetur, *l.* 1. §. *si rem depositam* 25. *ff. b. t.* Vinnium *ad Peckium de re nautica ad l. ult.* §. 1. *ff. ad leg. Rhod. de jactu, lit. B. pag.* 287. 288. Aliud dicendum, si heres depositarii rem depositam bona fide distraxerit, putans eam defuncti propriam esse: tunc enim de pretio tantum, quod inde redegit, tenetur, nec ob id, quod sorte minoris vendiderit, deponenti devinctus est; ac si pretium necdum consecutus sit, actionem deponenti cedendo liberari potest. Si tamen redimere possit, nec id faciat, vel alia ratione suam jam factam præstare recuset, causatus, quod semel ignarus vendiderit, culpa, imo fraude non caret, *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *l.* 3. *ff. b t.*

8. An autem deponens rem a depositario alienatam in tertium vindicare possit, latius exposui *tit. de rei vindic. num.* 12. Et an teneatur depositarius, si res suas ex incendio eripuerit, depositas perire passus sit, dictum *tit. commodati num.* 4.

9. Ceterum si hac conventus actione depositum restituere contumaciter detrectet, adversus eum in litem juratur, *l.* 1. §. *in depositi* 26. *ff. b. t.* Neque hanc restitutionem impedire potest compensatio, *l. pen. C. b. t. l. ult.* §. 1. *in fine* C. *de compensat.* nec retentio ob impensas in ipsam rem depositam factas. Confer *tit. commodati num.* 10. nec exceptio non numeratæ pecuniæ, *l. in contractibus* 14. §. *sed quoniam* 1. C. *de non numerat. pecun.* nec intercessio seu prohibitio tertii, nisi verus dominus rem suam a non domino apud se depositam probato confestim & in continenti dominio retinere velit, & ita relata domini quæstione, asserere depositum ab initio non substitisse, arg. *l. qui rem suam* 15. *ff. b. t.* vel rem sibi a prædone surreptam, ab eoque depositam, sibi potius quam prædoni restitui oportere contendat, *l. bona fides* 31. §. 1. *ff. b. t.* Si quis enim alius restitutioni intercedat, non modo deponenti præstat omne damnum, quod is inde passus est; sed & usuras trientes ex tempore intercessionis, *l. pen. in fine, & auth. sed jam C. b. t.* Non etiam restitutionis necessitatem minuit aut tollit, quod forte pactum depositæ pecuniæ adjectum fuit, *ut depositarius, si voluerit, utatur*, quamdiu ea usus non est, *l.* 1. §. *si pecunia* 34. *ff. b. t.* vel ut demum *post certum tempus* aut *post deponentis vel depositarii obitum* reddatur depositum: quamvis enim id ea efficiatur conventione, ne depositarius invito deponenti maturius reddere possit, seque a custodiæ necessitate liberare, sed secundum modum ac tempus præscriptum servare rem teneatur, nisi justissima quædam causa interveniat, arg. *l. ei, apud quem* 5. §. *ult. ff. b. t. l. is, penes* 6. C. *b. t.* Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. l.* 3. *cap.* 7. *n.* 13. non tamen ipsi obest deponenti, quo minus ante tempus pacto expressum revocet depositum, *l.* 1. §. *si deposuero* 45. & 46. *ff. b. t.* Cum enim solius vertatur deponentis utilitas, neque ullum depositario, ex repetitione maturiore generetur præjudicium, sed magis ipse ab onerosæ custodiæ liberetur necessitate; merito scriptum fuit hoc ipso dolum facere eum, qui suscepit depositum, quod vel statim ab initio reposcenti rem non reddat, *l.* 1. §. *est autem* 22. *ff. b. t.* Sciendum interim, moribus nostris mediante arresto impediri posse per quemvis rei depositæ restitutionem; quamvis & verum sit, laxari quantocius arresti vinculum, si deponens, cujus intererat restitui depositum, in gratiam sistentis idoneam interposuerit cautionem, Groenewegen *ad l. pen. & auth. sed jam. C. b. t.*

10. Contraria actio depositi datur depositario contra deponentem, ad recuperandas impensas in rem depositam factas, sive graves, sive leves; cum non ita hic, uti quidem in commodato, impensæ modicæ possint compensari, cum rei usu, qui apud depositarium ex natura depositi nullus est, *l. actione* 23. *ff. b. t.* Præterea ad damna, quæ depositarius ex re deposita vel ejus occasione passus est, *l. ei, apud quem* 5. *ff. b. t.* adeo ut nec pro damno res deposita noxæ dari aut apud depositarium relinqui possit, ne ei officium, quod ejus, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperat, damnosum, sit, ut ait Africanus in *l. si servus communis* 61. §. *quod vero* 5. *ff. de furtis*, qui sibi ipsi non censendus est contrariari in *l. si servus pignori* 31. *ff. de pignorat. act.* quæ est desumta ex eodem libro 8. quæstionum, ex quo & *d. l.* 61. petita fuit: quod enim comparationem illic instituit inter servum pignoratum, commodato datum, & depositum, si creditori commodatario aut depositario furtum fecerit, id tantum in eo tertio est, quo per dominum scientem ex istis causis datus est, secundum ea, quæ comparationi isti, in fine demum legis propositæ, immediate præmissa erant. Et quamvis in commodato, quod in *d. l.* 31. *in fine* jungitur deposito, idem obtineat per omnia, quod in pignore, ut ita demum cesset noxæ deditio, si dominus sciens servum furem commodato dederit, *l. pen. ff. commodati*, non tamen ideo necesse fuit, ita deposito quoque id obtinere; maxime, cum depositarius officium præstet, quod ei damnosum esse non debet, *d. l.* 61. §. 5. *ff. de furtis*, at commodatario beneficium præstitum sit per usus concessionem, *l. in commodato* 17. §. *sicut* 3. *ff. commodati*, cui consentaneum, nec commodanti ac officium præstanti suum beneficium damnosum esse; ac proinde eum liberari oportere noxæ dando, uti liberaretur, si servus commodato non datus nocuisset. Distat interim hæc contraria actio a directa in eo, quod hic non tam agatur de fide rupta, quam potius de calculo & indemnitate; quo fit, ut neque jusjurandum in litem hic deferatur, *l. ei, apud quem* 5. *pr. ff. b. t.* neque da-

mnatus infamis sit, *l. furti accip* 6. §. *ult. ff. de his qui not. infam.*

11. Præter depositum ordinarium, quod a libera voluntate proficiscitur, ac hactenus expositum est, aliud insuper occurrit, quod ex necessitate causam habet, ac vulgo *miserabile* dicitur, cum scilicet incendii, ruinæ, naufragii, tumultus gratia res deponitur, ita ut deponens nullam aliam deponendi causam habeat, quam imminens ex suprascriptis periculum amissionis, *l.* 1. §. 1. & 3. *ff. h. t.* In qua depositi specie id singulare est, quod depositarius ex inficiatione in duplum teneatur, ut ita quisque metu pœnæ discat perfidiam evitare, dum certi amici notam probatamque fidem eligi non patitur impatiens moræ periculum præsens, *d. l.* 1. §. 1. & *seqq. ff. h. t.* cujus inficiationis pœnam heres quoque depositarii ex proprio, non item ex defuncti dolo subit; quippe ex defuncti inficiatione nec ultra annum, nec amplius quam in simplum obstrictus, ac nec ultra eam partem, ex qua heres est, *l.* 1. §. 1. *l. de eo* 18. *ff. h. t.* Quam tamen dupli pœnam, uti in aliis, ita & in hoc deposito, ab usu recessisse tradit Groenewegen ad *l.* 1. *ff. h. t.*

12. Est denique & *sequestrarium* depositum, quod Paulo definiente, a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur, *l. proprie* 6. *ff. h. t.* seu, cum res litigiosa a litigantibus aut judice, plerumque ex partium consensu, penes tertium deponitur, ut post litis eventum victori, vel post impletum illud, quod impleri placuerat, restituatur, *l. propter* 5. *C. h. t. l. licet deponere* 17. *ff. h. t.* Unde & sequester a Papiniano & Modestino describitur, tanquam vir bonus & æquus, *apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt:* dictus ab eo, quod occurrenti, aut quasi sequenti eos, qui contendunt, committitur, *l. sequester* 110. *ff. de verbor. signif.* junct. *l. postquam* 5. §. 1. *post med. ff. ut legat. seu fideic. serv. causa cap.* Quamvis & apud fœminam res sequestrari, nihil vetet, *l. deinde ait* 3. §. *ult. ff. de liberis exhib.* Estque simplici depositario in eo similis, quod non magis in hunc, quam in illum vera transeat possessio, sed tantum nuda detentio rei, adeo ut sequester possidere intelligatur nomine ejus, qui victor in lite evasurus est, & possessio medii temporis ei profutura; nisi aliud actum sit, *l. interesse puto* 39. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* uti id actum fuit in facti specie quæ est in *l. licet deponere* 17. §. 1. *ff. h. t.* quippe in qua de ipsa possessione sequestrata agitur; ait enim Florentinus, *rei deposita proprietatem apud deponentem manere, sed & possessionem; nisi apud sequestrem deposita est*, ipsa scilicet possessio: *nam tum demum sequester possidet*, adeoque non omni casu, non, cum simpliciter res, sed tum demum, cum ipsa possessio litigiosa sequestrata fuit; *id enim agitur ea depositione possessionis, ut neutrius possessioni id tempus procedat.* Atque ita idem plane in hac lege traditur, ac iisdem prope verbis, quod in *d. l.* 39. post regulam propositam circa exceptionem scriptum fuit.

13. Quæ vero sequestrorum circa res sequestratas potestas, quodnam officium sit, an fructus percipere, an res perituras vendere, & alia plura facere; id dijudicandum fere ex iis, quæ de curatore bonis dato tradenda erunt *tit. de curatore bonis dando.* Illud vulgo in praxi receptum videtur, sequestros durante sequestratione prædiorum, quibus jurisdictio patrimonialis, vel jus patronatus cohæret, posse jus illud utrumque exercere, & beneficia ecclesiastica, vel munera civilia secundum jurisdictionis amplitudinem conferre, arg. *cap. ne pro defectu* 42. *extra de elect. & electi potest* ut post Corasium *miscellan. lib.* 3. *cap.* 2. *n.* 16. & alios tradit Wissenbach ad *Pand. h. t. n.* 21.

14. Invitis autem litigantibus sequestratio rerum permissa non est, cum executionis quædam species sit, a qua haud temere inchoandum, *l. unic. C. de proib. sequestrat. pecun.* nisi justa quædam causa subsit, veluti si periculum sit, fore, ut litigantes ad arma veniant, arg. *l. si cujus rei* 13. §. *sed si inter* 3. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* vel metus dilapidationis, aut fugæ, vel contumacia adversarii sui copiam non facientis, aut ex judicis præcepto haud caventis, *l. ab executione* 5. *Cod. quor. appell. non recip. l. Imperatores* 21. §. *ult. ff. de appellat. l. si cum dotem* 22. §. *sin autem* 8. *ff. soluto matrimon.* arg. *l. si fidejussor* 7. §. *ult. ff. qui satisd. cog. l. litibus* 20 *C. de agric. & censitis l. senatusconsulto* 16. *ff. de off. præsidis.* Quibus in casibus etiam numeratæ pecuniæ sequestrationem fieri, nihil impedit: licet enim ea perire nequeat, quatenus ut genus consideratur, ipsa tamen nummorum corpora & expendi & interire possunt, atque ita, adversario pauperiore facto, difficilior reddi persecutio pecuniæ litigiosæ. Impediri tamen plerumque potest sequestratio facienda, & quæ jam facta est, in irritum deduci re restituta, si possessor rei idoneam offerat cautionem de re præstanda vel restituenda; ubi id sua judex sententia præceperit, arg. *l. si fidejussor* 7. §. *ult. ff. qui satisd. cog. l.* 1. §. *si pecunia* 36. *in fine, et* §. 37. *l. si plures* 14. *ff. h. t. l.* 1. §. 1. *ff. l.* 1. *C. de Carboniano edicto, l. postquam* 5. §. 1. *ut legat. non cav.* Argentreus *ad consuetud. Britan. art.* 125. *gloss.* 1. nisi sequestratio ob id decreta fuerit, quod possessor rei jam rebus ipsis & factis fraudulenter rem litigiosam cœpisset reddere deteriorem, indeque præsumtio nata sit, eum & in posterum eam dolo corrupturum; tunc enim rem etiam oblata cautione oportere sequestrari, verius est, quia satisdatio tunc propositum malevolum possessoris non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem præbet, §. *novissime* 12. *Instit. de suspect. tutor.* Parens p. mem. Paulus Voet *tract. de natura mobil. & immobil. cap.* 21. *n.* 5. *in med.* Extra quem casum, cum quisque præsumatur in dubio magis diligens & bonus futurus, magis est, ut cautionis præstatio admitti debeat, secundum leges ante allegatas. Frustra dissentiente Ant. Fabro *C. lib.* 7. *tit.* 19. *defin.* 8. dum contendit, sententiam sequestrationis in forma specifica implendam esse; non considerans, hanc de sequestratione facienda non definitivam, sed interlocutoriam esse, nec litem finire; sed tantum litigantes securos facere, qui si alia ratione ac via ordinaria securi esse queant, puta cautione, non ultra debuit ab executione, cujus species quædam est sequestratio, initium fieri, sed potius quod jussit prætor, nunc propter oblatam satisdationem idoneam, contrario imperio tollendum foret, *d. l. si fidejussor* 7. §. *ult. ff. qui satisd. cog,* junct. *l. quod. jussit* 14. *ff. de re judic.*

15. Ex sequestratione actio depositi sequestratoria

nascitur, tum directa tum contraria; in quibus eadem fere obtinent, quæ de vulgata ac ordinaria depositi actione superius sunt tradita, *l. ei, apud quem* 5. §. 1. 2. *l. si in Asia* 12. §. 2. *ff. h. t.* eo excepto, quod non utrique deponenti, sed soli victori, adeoque non omni tempore, sed demum post latam sententiam, actio hæc detur, *l.* 1. §. *est autem* 22. *in fine ff. h. t.* unde si lis super re sequestrata ad finem non perducatur, non per hanc depositi sequestrariam, sed magis per præscriptis verbis actionem, repetendum foret quod sequestratum est, *l. si quis affirmaverit* 9. §. *Labeo* 3. *ff. de dolo malo*, Wissenbach *ad Pand. h. t. num.* 23. Privata auctoritate, vi atque armis, subducere rem sequestratam, usque adeo illicitum, ut jure & actione omni cadere debeat, quisquis id ausus fuit, arg. *l. sed & partus* 12. §. *ult. l.* 13. *ff. quod met. causa*, *l. si quis in tantam* 7. *Cod. unde vi*, etsi hanc crediti amittendi pœnam moribus passim, exemplo pœnarum aliarum legalium sublatam velint Carpzovius *defin. for. part.* 4. *constit.* 35. *defin.* 11. Groenewegen *ad* §. 1. *Instit. de vi bonor. rapt.*

16. Deposito sequestrario similis in multis ædium, cistarum, cubiculorum, sarcinarum obsignatio solemnis auctoritate publica facta (*Versegeling.*) quo casu ista resignare privato fas non est, ac resignans coercendus. Plane si omnes illi, in quorum favorem sigilla publica fuerunt impressa, communi consensu ea detraxerint, vix est, ut pœnam incurrere intelligantur, cum his, quæ pro se introducta sunt, rebus ipsis ac factis renunciare queant, arg. *l. ult. ff. de his quæ in testam. delentur*, junct. *l. pen. Cod de pactis*, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 180.

17. Observandum autem, depositiones illas, quæ olim frequentes erant in æde sacra, hodiernis moribus magis apud acta fieri; quo casu si graphiarius, actuarius, & similes, quibus pecuniæ sic depositæ cura incumbit, in suos usus eam converterint, ad usuras condemnandi forent, Groenewegen ad *l.* 4. *C. depositi*, & si bona eorum solvendo non sint, prima ratio habenda erit eorum, qui fidem publicam secuti pecunias hac ratione apud eos depositas habuerunt, arg. *l. si hominem* 7. §. 2. 3. *l.* 8. *ff. h. t.* de quo latius ad *tit. qui pot. in pign.* Ut tamen in subsidium non teneantur magistratus, qui talem elegerunt personam publicam, si dolo careant. Licet enim in magistratus, qui non idoneum dederunt tutorem, subsidiaria pupillis ad indemnitatem actio data sit, §. 2. *& seqq. Instit. de satisd. tut. tot. tit. ff. de magistrat. conveniendis*, id tamen cum singulari pupillaris ætatis favore sic introductum fuerit, ad consequentias trahendum non est præsertim, cum magistratus rem quidem publicam, at non rem privatorum, salvam esse spondeant, arg. *l.* 1. *pr. ff. de magistrat. conveniend.* ac ne ipsis quidem pupillis teneantur, quoties tutores ab ipsis constituti tempore dationis idonei fuerunt, quamvis postea destitissent tales esse, *l.* 1. §. *si magistratus* 11. *ff. de magistr. conv.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 195.

LIBER SEPTIMUSDECIMUS.

TITULUS I.

Mandati vel contra.

SUMMARIA.

1. *Mandatum unde dicatur, & in quo distet a commendatione?*
2. *Quid sit mandatum? an honorarium intervenire possit? an promissum certum aut incertum peti possit, & qua actione? Quid moribus obtineat?*
3. *Quo modo tacite mandetur? & an in dubio præsumatur mandatum intervenisse? Quo modo tacite mandatum suscipiatur, & an suscepisse videatur, qui per literas mandati non respondet, sibi mandatum displicere?*
4. *Cujus gratia mandari possit? an & solius mandatarii gratia? An & quo respectu obligatorium sit mandatum, si quis solius mandatarii gratia mandaverit, certæ personæ tanquam idoneæ credi? & quid moribus servetur?*
5. *Qui possint mandare? an mandatarius rursus alteri negotium sibi mandatum? an deportati? an servi?*
6. *Mandatum rei turpis an, & quo respectu, ac inter quos obligatorium sit? Et quid, si adolescens luxuriosus mandet scienti, ut pro meretrice fidejubeat, filiusf. mutuum credat? Si quis mandet ignoranti id quod in se turpe non est, lædit tamen jus tertii, veluti, ut arbores cædantur, quas mandatarius putat mandantis esse, solus mandans tenetur.*
7. *Actus legitimi non possunt mandari. Si tamen extraneus heredi mandet, ut is adeat, obligatur heredi.*
8. *Actio mandati directa cui detur, & contra quos? An primo mandanti contra secundum mandatarium? Quod juris, si plures simul mandatum susceperint?*
9. *Ad quid tendat hæc actio? ubi & de actionum per mandatarium quæsitarum cessione; de usuris per mandatarium præstandis; & qualem culpam mandatarius præstare debeat?*
10. *Contraria mandati actio cui detur; contra quos? quid juris sit, si plures mandaverint? Ad quid tendat? ubi & de impensis, earumque usuris? & quid juris? si mandans parcius fuisset impensurus, vel negotium ad finem perductum non sit, vel exitum optatum non habuerit? quid si reus criminis tertio nummos dederit distribuendos, ut delicti gratiam impetret, sed irrito successu?*
11. *Quid juris, si mandatarius excesserit mandati fines, circa impensarum repetitionem, & alia? An impensas recuperet, qui mandatum implevit per æquivalens?*

12. *Qui alterius mandato & in alterius commodum impendit in rem suam propriam, impensas non repetit, quatenus res inde pretiosior facta est, sed tantum in reliquum actio datur.*

13. *Petit & mandatarius, se liberari ab obligatione, si quam subiit mandati occasione. Qualia damna mandati occasione illata repetere a mandante possit, vel non? ubi & de mandatario per latrones spoliato.*

14. *Potest & jure compensationis indemnis fieri mandatarius, si termini habiles sint?*

15. *Finitur mandatum morte mandantis, & cur? Cujus mors spectetur, si mandatarius iterum alteri mandaverit? Recensentur casus excepti, quibus mandatum durat post mortem mandantis.*

16. *Finitur morte mandatarii? Quid si heredes mandatarii scientes executi sint? Quid si ignorantes, ac putantes negotium esse defuncti proprium? An tunc per heredes gesta rescindi possint, ubi id mandans petit, & cur non aeque rescindantur impleta per mandatarium post mortem mandantis?*

17. *De revocatione & renunciatione mandati, & quando illud fieri possit, quando non? praesumitur quandoque revocatio, si mandans aut mandatarius foro cesserit, si quis duobus idem mandet diversis temporibus, non item per speciale mandatum, si generale praecesserit; nec alias regulariter. Non potest revocari mandatum, quo actio cessa; nec si ad mandatum stipulatio aut delegatio secuta sit.*

1. MAndatum dictum a datione manus, quia, ut Isidorus ait libr. 4. origin. cap. 24. *olim in commisso negotio alter alteri manum dabat*, & manus fidei signum erat: trahitque originem ab amicitia, *l.* 1. §. *ult. ff. h. t.* ac differt a commendatione in eo, quod qui mandavit, obligetur, qui commendavit, non item, *l. si vero* 12. §. *cum quidam* 12. *ff. h. t.* Christinaeus *vol.* 3. *decis.* 34. *num.* 6. quali commendanti non absimilis videtur, qui amicabilem tantum affectionem in negotio gerendo praestitit in monendis procuratoribus, & actoribus, & in consilio regendis, *l. idemque &* 10. §. *si quis ea* 7. *ff. h. t.* Confer Wissenbach *ad Pand. h. t. n.* 3. 4. 5.

2. Est autem mandatum contractus bonae fidei consensu constans, quo negotium honestum alteri id suscipienti gratis gerendum committitur. Mercedem respuit, quippe quae officio & amicitiae contraria est, *d. l.* 1. §. *ult. ff. h. t.* non tamen *honorum* seu *salarium*, quod a mercede diversum est, licet aliquando improprie *merces* in jure nostro, & *quasi merces*, & *merces officii* appelletur, *l. hoc jure* 19. §. 1. *l. Aquilius Regulus* 27. *ff. de donation. l.* 1. §. *Divus* 13. *ff. de extraord. cognit.* magis proprie remuneratio *l.* 6. *pr. l.* 7. *l. idemque &* 10. §. *ult. l. si vero non* 12. *pr. ff. h. t.* Quo salario interveniente, mandatarius *salariarius* nuncupatur, *l. idemque* 10. §. *idem Labeo* 9. *ff. h. t.* ejusque promissi persecutio ita demum jure Romano fieri potuit, si certum quid mandatario promissum sit; nam si pollicitationis incertae salarium promissum fuerit, neque extra ordinem recte petitur, neque judicio mandati ut certum constituatur, *l. qui mutuam* 56. §. *salarium* 3. *ff. h. t. l. salarium* 17. *C. h. t.* in quo secundum jus Romanum distincti a procuratoribus Advocati, etiam non promissi salarii petitionem habentes, eo quod publicum Advocatorum, non item procuratorum officium est, *l. Divus Antonius* 4. *ff. de extraor. cognit.* Neque tamen ad persequendum salarium certum promissum actione mandati agi potest, sed extraordinaria Praesidis cognitio imploranda ac praebenda est; cum de salariis solitum fuerit extra ordinem jus dici, *l.* 1. *l. salarium* 17. *C. h. t.* Non obstante *l. si remunerandi* 6. *pr. ff. h. t.* quippe quae, dum habet, *si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio*, non aliud vult, quam per honorarii promissionem non everti substantiam mandati, nec illud in locationis conductionis aut alterius contractus speciem transire, sed, non obstante honorarii interventu, manere nihilominus mandatum, & competere mandati actionem, non ad honorarium ipsum, verum ad ea, quae mandato comprehensa, & secundum naturam ejus praestanda sunt, juxta *d. l.* 1. *C. h. t.* Adde Wissenbach ad *Pand. h. t. n.* 16. 17. 18. Moribus tamen procuratores ad lites etiam non promissa salaria recte petere, monui *tit. de procur. num.* 1. Nec ab aequitate alienum fuerit, id quoque ad negotiorum extrajudicialium mandatarios porrigere, ut nempe arbitrio judicis aut viri boni honoraria, incertae licet pollicitationis, pro officii praestiti modo consequatur: si modo soliti fuerint non gratis opem aliis praebere, sed exigere operae navatae remunerationem, Groenewegen ad *l.* 17. *C. h. t.* Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 24. *n.* 13.

3. Interponitur mandatum non expresso tantum, sed & tacito consensu, dum quis praesens, & sciens, nec contradicens, per alium sua geri negotia patitur, *l. si fidejussor* 6. *Cod. h. t.* §. 1. *Instit. de iis per quos agere poss. l. si remunerandi* 6. §. *si passus* 2. *l. qui patitur* 18. *ff. h. t.* Confer *tit. de procurat. num.* 9. Quamvis alioquin in dubio mandatum non praesumatur intercessisse, sed tanquam tale, quid, quod facti est, probandum sit ab eo, qui se mandato instructum ait, arg. *l.* 1. *Cod. de mandatis Principum cap. cum in jure* 31. *extra, de offic. & potest. jud. deleg.* ibique DD. Responsa Jurisc. Holland. *part.* 2. *consil.* 183. Confer Manticam *de tacit. & ambig. convent. lib.* 7. *tit.* 4. *& seqq.* Mascardum *de probat. conclus.* 1008. *& seqq. ad conclus.* 1017. Suscipitur quoque vel expresse vel tacite: licet enim ex solo silentio ejus, cui mandatur, colligi nequeat consensus ejus, *l. filiusfam.* 8. §. *invitus* 1. *ff. de procurat.* arg. *l. qui tacet* 142. *ff. de reg. jur.* rebus tamen ipsis & factis, veluti adimplendo ea, quae sibi mandata sunt, recte suum declarat assensum. Qua ratione, si quis sibi aut Titio dari stipulatus sit, & Titius oblatam sibi a promissore solutionem acceptet, eum, velut ex suscepto per agendorum executionem mandato tacito, teneri mandati actione, patet ex §. *si quis alii* 4. *Instit. de inutil. stipul. l. qui res suas* 98. §. *qui stipulatus* 5. *ff. de solut.* Quin & si absenti per literas quid mandatum sit, nec is quantocius rescribat, sibi displicere mandati conditionem, suscepisse hoc ipso mandatum credi potest; maxime, si & alias solutus fuerit exsequi, quae praestare vel facere per epistolam ab eo rogatus erat, arg. *l. si filiusfamilias* 16. *ff. ad senatusc. Maced.* Costalius *ad l.* 27. *ff. h. t.* Hugo Grotius *inter responsa Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 2.

consil. 180. *num.* 1. Ant. Matthaeus *de oblig. disp.* 24. *th.* 2. Wissenbach *ad Pand. h. t. num.* 2.

4. Verti autem potest in mandato vel solius mandantis utilitas, §. 1. *instit. h. t. Quintus Mucius* 48. §. 1. *ff. h. t.* vel mandantis & mandatarii; vel mandantis & tertii; vel mandatarii & tertii; vel tertii tantum, *pr.* & §. 2. 4. 5. *inst. h. t. l. mandatum* 2. *pr.* & §§. *seq. ff. h. t.* vel denique mandantis, mandatarii, & tertii, cujus exemplum est in *l. si procuratorem* 8. §. *si tutores* 4. *ff. h. t.* Solius mandatarii gratia si mandetur, consilium magis, quam mandatum est, & ob id non obligatorium; eo quod liberum est cuique, apud se explorare, an expediat sibi consilium, illudque non sequi, *l. mandatum* 2. §. *ult. ff. h. t.* §. *tua tantum* 6. *inst. h. t.* nisi consilium fraudulentum fuerit; quo casu de dolo actio est, *l. consilii* 47. *ff. de reg. juris*, *l. idemque* 10. §. *si quis ea* 7. *in fine ff. h. t.* vel de certa persona rogatus, de qua dubium erat, utrum ei satis tuto crederetur, responderit, *periculo meo crede*, *bene credis*, *l. si vero* 12. §. *si quis mandaverit* 13. *ff. h. t.* vel denique tibi quis consulerit, certae personae credi; quia non aliter crediturus fuisses, quam si id tibi mandatum esset, *d.* §. *tua tantum* 6. *in fine inst. h. t.* Quod & Ulpiano placuit, *l. si remunerandi* 6. §. *plane* 5. *ff. h. t.* Idque non ad eum effectum, ut mandans directam haberet hoc in casu mandati actionem; cum certum sit, eam tum demum competere, cum coepit interesse ejus, qui mandavit, & si nihil intersit, cessare mandati actionem, denique eatenus competere quatenus interest *l. si procuratorem* 8. §. *mandati actio* 6. *ff. h. t.* sed magis ad id, ut mandatario contraria ad indemnitatem actio detur adversus mandantem, si forte ab eo, cui credidit, quique nunc minus appareat idoneus, creditum servare nequeat. Cujus ea ratio est, quia ita mandans re ipsa similis est fidejussori, neque multum refert, praesens quis interrogatus fidejubeat, an absens mandet, *l. si hereditatem* 32. *in med. ff. h. t.* Et sane, si mandati tenearis secundum Ulpianum, cum tibi mandavi, *ut vires excuteres ejus, cui eram crediturus*, & renunciasti, eum idoneum esse, *l. si mandavero* 42. *ff. h. t.* quidni & tunc tenearis, cum ab initio mandans mihi, ut ei credam, tanquam idoneo, cui non credidissem, si tu mihi non mandasses. Nec recte verba finalia d. §. 6. *inst. h. t.* acceperis de casu illo, quo vel solius tertii, vel mandatarii & tertii, utilitas vertitur. Etenim de mandato aliena tantum gratia interposito jam ante actum fuerat in §. 3. & de eo, quod mandatarii, & aliena gratia intercesserat, in §. 5. at in §. 6. de mandato solius mandatarii intuitu interposito, quod restabat excutiendum, sermo ex professo instituitur, ac, cum monitum esset, *illud obligatorium non esse*, *quia nemo ex consilio mandati obligatur*, *cum liberum cuique sit apud se explorare*, *an sibi expediat mandatum*, mox subjungitur, *adeo hac ita esse*, *ut quaesitum sit*, *an mandati teneatur*, *qui mandavit tibi*, *ut pecuniam Titio foenerares*; *sed obtinuit Sabini sententia*, *obligatorium esse hoc in casu mandatum*, *quia non aliter Titio credidisses*, *quam si tibi mandatum esset*. Patet sane, agi de mandato solius mandatarii gratia interposito; patet, illud non esse obligatorium; patet denique exceptionem a regula esse, & obligatorium fieri, si mandet quis tibi, ut Titio foenerares, idque ex Sabini sententia: at exceptionem oportere esse de regula, notissimum axioma est; ac proinde ineptus plane foret Justinianus, si regulam concipiens de mandato mandatarii solius intuitu interveniente, exceptionem posuisset in exemplo pertinente ad interpositum aliena tantum gratia mandatum. Cui accedit, quaestionem in *d.* §. 6. proponi a Justiniano de casu, in quo veterum Jurisconsultorum dissensus fuit, & in quo tandem magis obtinuisse dicitur Sabini sententia: nuspiam autem dissensus istius vestigia apparent de casu, quo aliena tantum, vel mandatarii simul & aliena utilitas vertebatur. Nec jam dictis adversatur, quod in *l.* 1. §. *idem Pomponius* 14. *ff. depositi* dicitur, si apud te volentem me deponere, jusseris apud libertum tuum deponere, tuque ita suaseris mihi, ut magis apud eum deponam, tecum nullam esse actionem, nec mandati te teneri, quia rem meam gessi. Considerandum enim, Ulpianum auctorem *d. l.* 1. id non tam ex sua mente, quam ex Pomponii sententia proposuisse; dum in *d.* §. 14. ait, *idem Pomponius quaerit &c.* & *ait &c.* idque, quia res erat, ut dixi, controversa inter Sabinianos & Proculianos, an eo casu esset mandati actio. Et licet Ulpianus in *d. l.* 1. §. 14. non directo contradicat Pomponio, tamen nec assensum ei praebet, sed, decisione quaestionis illius in medio relicta, casum alium minus dubium, nec inter Sabinianos & Proculianos controversum, subjungit, suumque de eo judicium interponit, *sed si mandasti*, inquit, *mihi*, *ut periculo tuo apud eum deponam*, *cur non sit mandati actio*, *non video*. Interim in casu priore, in quo Pomponius dixerat, non esse mandati actionem, aliam ac contrariam Ulpiano stetisse sententiam, patet apertissime, cum scribit, plane, si tibi mandavero quod tua interesset nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit; aut si non esses facturus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio, *d. l. si remunerandi* 6. §. *plane si* 5. *ff. h. t.* Instabis forte, Ulpianum ipsum dedisse doli actionem adversus eum, *qui evidenti calliditate affirmaverat*, *idoneum esse illum*, *cui mutua pecunia dabatur*, *l.* & *eleganter* 7. §. *ult. ff. de dolo*, quam concedere non potuisset, si contra talem contraria ac non infamans mandati actio superfuisset. Sed non premunt ista, si attendas, in *d. l.* 7. §. *ult.* Ulpianum aeque, ac in *d. l.* 1. §. 14. *ff. depositi*, referre Pomponii sententiam, qui deficiente dolo nullam vel mandati vel doli actionem dabat ex tali affirmatione, cujus opinionem quantum ad denegationem actionis doli Ulpianus quoque probat, addita ratione, *quod nisi ex magna*, & *evidenti calliditate non debet de dolo actio dari*; atque ita, dolo apparente, concedit quidem de dolo actionem, velut ultimum subsidium, sed supposita Pomponii sententia, qui deficiente dolo nullam vel mandati vel doli actionem dabat ex tali affirmatione cujus opinionem quantum ad denegationem actionis doli Ulpianus quoque probat, addita ratione, *quod nisi ex magna*, & *evidenti calliditate non debet de dolo actio dari*; atque ita, dolo apparente, concedit quidem de dolo actionem, velut ultimum subsidium, sed supposita Pomponii, omnem mandati actionem denegantis, opinione. Ne dicam, actionem doli ab Ulpiano satis recte in ista facti specie potuisse concedi, dum non modo ad eam recurrit, cum alia actio non est, sed &, cum dubitatur, an alia esse possit,

arg. *l.* 1. *pr.* & §. 1. *ff. de praescript. verbis*, qualis dubitatio hic omnino suberat, dum alii dabant, alii denegabant mandati actionem. Minus stringit, quod nostrae sententiae objicitur, *proxenetam nominis faciendi gratia intervenientem non teneri quasi mandatorem, quia monstrat magis nomen, quam mandat, tametsi laudat nomen*, teste Ulpiano in *l.* 2. *ff. de proxeneticis*. Etenim, hoc ipso, quod ab Ulpiano quaeritur, an proxeneta nominis faciendi gratia interveniens teneatur quasi mandator, & dicitur eum non teneri quasi mandatorem, supponitur ab ipso, mandatorem teneri, si non ut proxeneta nomen monstrasset, sed vere mandasset. Porro separatur merito proxeneta a mandatore, diciturque non teneri, quia, ut habet *l.* 2. monstrat magis nomen, quam mandat; nec ipse contrahit, sed contrahentibus *medius & mediator* dicitur, *novell.* 90. *cap. quoniam* 8. utrique contrahenti aeque addictus, in negotio inter alios gerendo *operulam & ministerium quale quale accommodans*, & *in contractibus licitis ac commerciis utilem non improbabili more se exhibens*, *l. de proxenetico* 3. *ff. de proxeneticis*, nec longe a nunciis epistolae vicem gerentibus distans. Ut proinde a proxeneta ad eum, qui certae personae credi mandavit, argumentum duci nequeat, non magis quam ab arbitratore, cujus arbitrio quid gerendum erat, quique non animo procuratoris intervenire, sed affectionem amicabilem in monendis procuratoribus & actoribus, ac consilio regendis, promisisse, & ideo non mandati, sed de solo dolo teneri dicitur, *idemque* 10. §. *si quis ea* 7. *ff. h. t.* Denique nec nostram evertit sententiam, quod Celsus monuit, extra mandati formam esse, *ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen*, id est, *ut cuivis credas, tu recipias usuras, periculum duntaxat ad me pertineat: quemadmodum si mandem, ut* tibi (ita legendum cum Haloandro, non *mihi*, notante Gothofredo) *quemvis fundum emas*, *l. Quintus Mucius* 48. §. *ult. ff. h. t.* Non enim illic certa persona tanquam idonea, cui crederetur, designata fuit; suasit generaliter, credi cuicunque, pecuniam foenori dari, quo ipso nullum mandatum contrahi intelligebatur, sed tantum consilium, secundum *d.* §. 6. *Instit. h. t.* Ne dicam, legem non negare, eum teneri, qui mandavit generaliter suo periculo nummos foenori dari, sed tantum asserere, id genus conventionis *extra formam mandati esse*; & licet verum sit, eam rem notissimos egredi mandati terminos, tamen ubi ita convenerit, lex contractus servanda est, ut in simili loquitur Papinianus in *l. Lucius Titius* 24. *in fine ff. depositi*. Unde &, si mandares mihi, ut periculo tuo apud certum hominem deponam rem meam, Ulpianus professus est, se non videre, cur non sit mandati actio, *d. l.* 1. §. *idem Pomponius* 14. *in med. ff. depositi*. Ceterum, etsi haec ita disputata ex Romani juris principiis vera sint, tamen praxi contrarium invaluisse, vult Groenewegen ad §. 6. *Instit. h. t.* post Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 3. *n.* 53. Christinaeum *vol.* 1. *decis.* 111. *numer.* 12. & *seqq.* & alios ibidem allegatos, quibus adde Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 242. 252. 277. Non desunt tamen, quibus placet, etiamnum inter mercatores ita jus esse, ut ad instar fidejussoris obligetur, qui ignoto tanquam idoneo merces credi persuasit rogavitve, ut ut bona fide. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 18. *defin. ult.* ibique alii citati. Quod & usu constante Antverpiae inter mercatores servatum fuisse, observat Neostadius *Curiae supr. decis.* 5. Sim. van. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 17. *num.* 17.

5. Mandare potest quilibet, qui & contrahere; ipse etiam mandatarius negotium sibi ex mandato commissum, etsi enim in mandato certo personae industria eligatur, & magna subinde inter artifices differentia sit, *inter artifices* 31. *ff. de solution.* tamen nihil impedit, quominus mandatarius primus vicaria alterius opera in exsequendo mandato utatur, dum plurium hominum saepe aequalis peritia atque industria est, arg. *l. veteris juris* 14. *in fine C. de contrah. & committ. stipul.* non quidem ad id, ut mandanti primo noceat, vel ut mandanti primo adversus mandatarium secundum actio quaeratur; sed ut mandatarius primus contra secundum, & primus mandans contra primum mandatarium de neglectis, ac residuis aliisque similibus actionem habeat, adeoque suo periculo mandatarius primus alteri mandet, *l. si quis mandatu* 28. *ff. de negot. gestis*, *l. si procuratorem* 8. §. *si quis* 3. *ff. h. t.* junct. arg. *l.* 1. §. *si te rogavero* 11. *ff. depositi*, Wissenbach *ad Pand. h. t. num.* 15. Si tamen procurator ad lites sit, ante litem contestatam alteri non recte mandat illud agendi jus, *l. neque tutores* 11. *C. de procurat.* Et ad eum casum restringi oportere vulgatam regulam, *procuratorem ante litem contestatam facere procuratorem non posse;* in negotiis extrajudicialibus contra servari, monet Ulpianus *l. si procuratorem* 8. §. *si quis mandaverit* 3. *ff. h. t.* Adde *t. de procurat. num.* 2. 3. ubi & discutitur, an procurator ad negotia datus possit alium ad lites substituere. Deportati mandare possunt, quatenus juris civilis est, arg. *l. deportatus* 15. *ff. de interdict. & relegat. l. sunt quidam.* 17. §. 1. *ff. de poenis.* Quibus non obloquitur Paulus Jurisc. cum ait, eum, cujus bona publicata sunt, mandare posse, utilemque ei contra mandatarium, si is fidem non praestet, actionem dari, *l. si mandavero* 22. §. *is, cujus* 5. *ff. h. t.* cum intelligi possit de relegato, cujus bona licet non soleant publicari, ex causa tamen publicari possunt, *l. relegatus* 14. §. *magna* 1. *ff. de interdict. & relegat.* qualis relegatus integrum statum retinet, *l. relegatus* 18. *ff. eod. t.* Nisi quis malit *d. l.* 22. §. 5. accipere de deportato, qui bona quaedam de facto detinet per conniventiam aut negligentiam a fisco non occupata; aut qui post deportationem bona quaedam acquisivit, quorum intuitu utilibus actionibus uti conveniri ita & experiri potest, *l. sed si alia* 5. §. 1. *ff. de bonis damnat. d. l.* 14. §. *ult.* junct. *d. l.* 15. *ff. de interdict. & relegat.* Servus, etsi negotia mandare potuerit, non tamen lites, *l. servum quoque* 33. *ff. de procurat. l. ab hostibus* 15. *ff. ex quib. causis major*, nec suis se nummis ab extero redimi sine domini voluntate, *l. cum servus* 54. *ff. h. t. l. unic. C. si servus extero se emi mandaverit.*

6. Mandantur negotia honesta & licita: rei enim turpis nullum est mandatum, nec inde inter mandantem & mandatarium actio datur; adeoque nec mandans ad implementum mandati turpis suscepti, vel id quod interest, recte contendit; nec mandatarius post illud impletum jure agit ad indemnitatem, sive in exsequendo mandato impensas fecerit, sive in poenam delicti mandati nomine inciderit,

§. *illud quoque* 7. *instit. h. t. l. si remunerandi* 6. §. *rei turpis* 3. *l. si mandavero* 22. §. *qui adem* 6. *ff. h. t.* etiamsi nominatim mandans mandatario mandati turpis executori indemnitatem promisisset in casum, quo criminis aut delicti reus perageretur, arg. *l. si a reo* 70. §. *ult. ff. de fidejussor.* Adde *tit. quod cujusque univers. nomine numer.* 8. *in fine*. Quin &, si adolescens luxuriosus mandet tibi scienti, *ut pro meretrice fidejubeas*, vel *ut meretrici pecuniam credas*, vel si quis mandet filiofamilias mutuum dari contra senatusconsulti prohibitionem, mandati judicium placuit denegari, *l. si vero* 12. §. *si adolescens* 11. & §. *si quis mandaverit* 13. *ff. h. t.* Mandato tamen delicto, & executioni dato, veluti furto, vulnere, homicidio, uterque æqualiter tum ad pœnam pecuniariam læso præstandam, tum ad pœnam publicam delicto propositam damnandus est tanquam delinquens; cum æque mandans ac mandatarius occidisse, furtum aut injuriam fecisse, intelligatur, *l. nihil interest* 15. *ff. ad leg. Corn. de sicariis*, *l. non solutum* 11. §. *si mandatu* 3. *ff. de injuriis*, *l. si quis id* 7. §. *ult. ff. de jurisdictione*, *l. non ideo* 5. *C. de accusation.* Confer Menochium *de arbitrar. jud. lib.* 2. *casu* 351. 352. 353. Plane, si quid mandatum sit ignoranti, quod sua natura neque turpe est neque delictum continet, lædit tamen jus tertii, solus mandans, non item mandatarius, ob id læso devinctus foret, aut publica pæna afficiendus; veluti si quis mercenarios in fundum inducat alienum, fruges collecturos, arbores cæsuros, aut aliud simile præstituros, dum putant, fundi dominum esse operæ suæ conductorem; eo quod affectus maleficia distinguit, arg. §. *placuit* 7. & §. *interdum* 11. *inst. de oblig. quæ ex delicto*, nisi a vero fundi domino interpellati serio, ut desisterent, in opere cœpto nihilominus perseveraverint; cum ita dolo non careant, errore discusso, arg. *l. qui contra* 4. *in fine C. de incest. & inutil. nupt.* arg. *l. de pupillo* 5. §. *nunciari* 3. & *tot. t. ff de operis novi nunciat.* Jul. Clarus *sent. libr.* 5. §. *fin. quæst.* 60. *num.* 15. & 16. Henr. Kinschot *respons.* 33. (*vel* 39.) *numer.* 5. Menochius *de arbitr. judic. libr.* 2. *casu* 334. *num.* 35. & *seqq.*

7. Actuum legitimorum nullum de jure Romano mandatum est, veluti, ut hereditas mandati delata, per alium mandantis nomine adeatur, vel ut meus servus per alium meo nomine manumittatur, *l. nemo alieno* 123. *ff. de jur. l. per curatorem* 90. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* quod tamen non impedit, quo minus extraneus heredi mandet, ut is sibi delatam adeat hereditatem, ad id, ut mandans mandati teneatur, si ea forte damnosa sit, *l. si hereditatem* 32. *ff. h. t.*

8. Ex mandato duplex descendit mandati actio, directa altera, altera contraria. Directa mandanti & heredibus ejus datur, cujus interest, & quatenus interest, mandatum impleri, *l. si procuratorem* 8. §. *mandati* 6. *ff. mandati*, contra mandatarium & heredes: licet enim mandantis & mandatarii morte mandatum finiatur, non ideo mandati actio peremta est, *l. præcedente* 58. *pr. l. si mandatu* 59. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* Si mandatarius negotium sibi mandatum rursus alteri mandaverit, nulla primo mandanti in mandatarium secundum actio competit, sed primus mandans primum mandatarium, & is rursus secundum, convenire debet, arg. *l.* 1. §. *si te rogavero* 11. *l. si is, apud quem* 16. *ff. depositi.* Mugnos *de ratiociniis cap.* 4. *num.* 16. Si plures mandatarii susceperint mandatum, adversus singulos ita in solidum actio est, ut uno solvente reliqui liberentur, *l. creditor* 60. §. *duobus* 2. *ff. h. t.* Excusso tamen prius eo, qui solus administraverit, exemplo tutoris administratoris, arg. *l. ult. C. de divid. tutela*, dato forsitan de divisionis beneficio, si omnes solvendo sint, ac ex culpa communi adversus unum in solidum agatur, ad similitudinem plurium tutorum, arg. *l.* 1. §. &, *si quidem* 11. & *seqq. ff. de tut. & ration. distrah.* moribus sane hodiernis ita receptum esse, observat Groenewegen ad *d. l.* 60. §. 2. *ff. h. t.* Si filiofamilias mandatum sit, ut exigeret, isque sui juris factus exegerit, ipse mandati judicio, pater de peculio intra annum utilem conveniri potest, *l. penult. ff. h. t.* sed & si servus mandatum susceperit, ac liber factus perperam gesserit, ejus nomine mandati tenetur, *l. eum actum* 7. *ff. de negot. gestis*, licet alias vulgo obtinuerit, ex contractibus in servitute initis manumissos non teneri, *l. servi ex delictis* 14. *ff. de oblig. & act.*

9. Petitur hac actione, ut mandatarius exsequatur mandatum juxta præscriptum modum, aut alioquin solvat id quod interest, *d. l. si procuratorem* 8. §. *mandati* 6. *l. si quis alicui* 27. §. *qui mandatum* 2. *ff. h. t.* sive nullo modo impleverit mandatum per se aut per alium æque idoneum, ut potest. *d. l.* 8. §. 6. *l. si vero non* 12. §. *si filiofamilias* 5. *ff. h. t.* sive mandati fines egressus sit, ita ut ob id mandantis intersit, ut post dicetur. Restituat insuper, quod penes eum ex gestione residet, tradat mandanti res secundum mandatum emtas una cum fructibus, actiones quæsitas mandati cedat, *l. si procuratorem* 8. §. *ult. l.* 9. *l.* 10. §. *si ex fundo* 2. & §. *si cui mandavero* 6. *l. qui mandatum* 43. *l. si mandatu* 45. *ff. h. t.* quas tamen nostris moribus cedi haud opus, quoties mandatarium non suo, sed mandantis nomine contraxisse, expressum est; quia procuratores hodie in negotiis contrahendis considerantur magis ut nuncii, & quisque nunc alteri æque ac sibi actionem quærit Jacob. Coren *observ.* 25. Groenewegen ad *l.* 49. §. *ult. ff. de acquir. vel amitt. possess.* parens p. mem. Paulus Voet ad §. 5. *Instit. per quas pers. nob. acquir. n.* 4. & *ad tit. Instit. per quas person. nobis oblig. acquir. n.* 5. Sane, si suo nomine procurator contraxerit, cessionem actionis fieri necesse est; quin imo, laudimia duplicata solvenda foret, quoties suo nomine emit, ac dein in mandantem transfert res isti laudimiorum similiumque oneri subjacentes. Confer Ant. Fabrum *Cod. lib.* 3. *tit.* 22. *defin.* 6. Iac. Coren *d. observ.* 25. Tendit præterea hæc actio ad id, ut mandatarius usuras præstet, quoties vel moram fecit in restituendis nummis residuis, vel eos in proprios suos convertit usus; vel fœnori collocavit nomine domini, sive hoc ei mandatum sit, sive non; vel otiosam habuit domini pecuniam, quam is solebat fœnori collocare, *l. idemque* 10. §. *si procurator* 3. *l. si vero* 12. §. *dedi tibi* 10. junct. *l. ex mandato* 20. *ff. h. t. l. qui semisses* 13. §. 1. *ff. de usuris.* Adde *tit. pro socio n.* 17. Denique & damnum reparet dolo, vel culpa quacunque, etiam levissima, datum; eo quod aliena negotia exacto officio geri debent, nec

quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est, *l. a procuratore* 13. *l. jure mandata* 21. *C. h. t.* Et hoc est, quod Ulpianus quoque voluit in *l. si procuratorem* 8. §. *ult. in med. ff. h. t.* cum ait, mandatarium non teneri, *si dolus non intervenerit nec culpa*; sub *culpa* generaliter posita omnes culpæ species complectens: eo modo, quo id etiam factum in *l. si negotia* 11. *ff. de negot. gestis*. Quamvis enim Ulpianus scripserit, nihil amplius quam bonam fidem præstare oportere eum, qui procurat, *l. idemque* 10. *pr. ff. h. t.* ac in bona fide esse dicatur, qui dolo caret, sciendum tamen, per *bonam fidem* pro subjecta materia denotari illud omne, quod ex natura contractus præstari debet: ac proinde, cum mandati natura exactissimam in mandatario diligentiam desideret, ideoque mandatarius simpliciter suscipiendo mandatum semet obligaverit ad præstationem ejus, fidem datam non implet, nec bonam præstat fidem, si quid minus diligenter curet. Quod autem solius culpæ levis in mandato præstandæ mentio fiat in *l. contractus* 23. *ff. de reg. juris*, parum stringit; cum non negetur, etiam levissimam in mandatum venire, ideoque quod huic legi deest, ex *d. l.* 13. & 21. *C. h. t.* supplendum est. Non obstat denique, quod depositum solum & latam culpam recipiat, *d. l.* 23. *ff. de reg. juris*. Id enim ita placuit, quia in deposito nihil gerendum, sed tantum aliquid custodiendum est, ad quam custodiam industria & diligentia opus non est, adeoque sufficit dolum & proximam dolo culpam abesse fidemque præstari: cum ex adverso quid in mandato gerendum suscipiatur, ad quod industria omnimodo desideratur, ac propterea fallit quoque hic illud, mandantem de se queri, suæque facilitati imputare debere, quod negligentiori amico negotium commiserit; quippe quod in deposito quidem circa rem custodiendam locum habet, §. *pen. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* at non, ubi quis peritiam gerendi expresse vel tacite professus est; cum suscipere non debuisset, quo non callebat, & in quo intelligebat vel intelligere debebat, suam imperitiam aut imprudentiam alteri damnosam fore, arg. *l. idem juris* 8. §. 1. *in fine ff. ad leg. Aquil.* Confer Vinnium *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 52. Wissenbach. *ad Pand. h. t. num.* 14. Dissent. Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 15. 16. Casum fortuitum, uti vulgo nullus in rerum alienarum gestione, ita nec mandatarius præstare cogitur, nisi pacto adjecto id actum sit, *l. Et Aristoni* 39. *ff. h. t.*

10. Contraria mandati actio mandatario competit, etiam patri, si is pro suo filiofamilias mandatario mandatum contemplatione filii perfecerit, ut impleret fidem ejus, *l. si vero* 12. §. *si filiofamilia.* 5. *ff. h. t.* (secus, si id egerit pro filiof. sed mandantis intuitu, vel filii quidem intuitu, sed post emancipationem; quibus in casibus magis est, ut negotiorum gestorum actio detur, *d. l.* 12. §. 6. *ff. h. t. mandasti* 46. *ff. de negot. gestis.*) Contra mandantem, licet mandantis non interfuerit, dum vel aliena tantum, vel mandatarii & aliena, vel solius mandatarii gratias secundum antedicta mandatum intercessit. Si plures simul mandaverint, contra singulos in solidum, *l. si mandatu* 59. §. *Paulus respondit* 3. *ff. h. t. l. amissi.* 52. §. *ult. ff. de fidejussoribus & mandat.* *l. reos principales* 23. *generaliter* 28. *C. de fidejuss.* ut tamen divisionis beneficium ipsis exemplo fidejussorum competat, si omnes solvendo sint, *l. ult. C. de const. pecun.* arg. *l. fidejuss.* 10. *pr.* junct. §. 1. *C. de fidejussor.* Costalius ad *d. l.* 59. *ff. h. t.* Pyrrhus Maurus *de fidejussor. par.* 2. *sect.* 6. *cap.* 5. *n.* 25. Ant. Matthæus *de oblig. disput.* 24. *thes.* 13. Ad id, ut durante mandato necessaria mandans subministret, *si vero non* 12. §. *ult. ff. h. t.* eoque finito probet seu laudet, quæ gesta sunt; ac restituat impensas necessarias & utiles, una cum usuris, etiamsi necdum mora in restituendo facta sit, dum forsan ipse fœnori nummos accepit, aut eam, quam fœnori dederat pecuniam, repetiit, quo haberet, unde mandatum exsequeretur, *d. l. si vero non* 12. §. *si mihi* 9. *ff. h. t. l.* 1. *C. h. t.* nisi mandatarius salariarius sit, cum quo id actum est, ut de salario sibi constituto impendia in iter, exsequendi mandati gratia suscipiendum, ferat, *l. idemque* 10. §. *idem Labeo* 9. *ff. h. t.* Nec refert, utrum duret etiamnum impensarum utilitas, an casu aliquo fortuito utiles esse desierint, arg. *l. sed an ultro* 10. §. 1. *ff. de negot. gestis*, *l. quod si servus* 3. §. *unde recte* 7. *ff. de in rem verso.* Nec, utrum mandans ipse parcius erogaturus fuisset, an non; cum sufficiat, eum sumtus bona fide secundum suam fecisse conditionem, *l. quis alicui* 27. §. *impendia* 4. *ff. h. t.* Nec etiam, an negotio mandato finis sit impositus per mandatarium, an vero sine culpa sua id reliquerit imperfectum, *l. ita ut omnes* 36. §. *ult. l. qui mutuam* 56. §. *ult. ff. h. t.* nisi aliud ab initio actum sit: nam si fundum, qui per partes venit, emendum tibi mandassem, id ita, *ut non aliter mandati tenear, quam si totum fundum emeres*, & totum emere non potueris, in partibus emendis tibi, non mihi, negotium gessisse intelligeris, tucque interim periculo partes emisse, *l. ita ut omnes* 36. §. *quod si fundum* 2. *ff. h. t.* Nec denique interest, utrum negotii ex mandato ad finem perducti optatus extiterit eventus, an contra votis ac spe mandans exciderit. Qua ratione, si contrariam procurator ad lites datus sententiam reportaverit, sumtus tamen probabili ratione in litem factos repetere potest, *l. etiamsi* 3. *C. h. t. l. qui proprio* 46. §. *pen. ff. de procurat.* eodemque inter alia niti videtur fundamento, eum, qui a reo criminis pecuniam, remissionis pro se impetrandæ gratia distribuendam, acceperat, & distribuerat, irrito successu, ad erogata reddenda haud esse compellendum. Confer Respons. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 155. quod repetitum *part.* 4. *consil.* 80. Nisi forte hoc mandati genus rectius retuleris ad non obligatorum rei turpis mandatum, saltem secundum constitutionem Philippi Hisp. Regis. Holl. Comitis, qua cautum, illos qui convicti fuerint ad impetrandam homicidii remissionem pecunias numerasse, remissionis impetratæ carituros effectu, eumque, qui accepit, extra ordinem coercendum. *Ordonnantie op de Criminele Justitie van Koning Philippus anno* 1570. *art.* 28. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1019.

11. Non aliter tamen mandatarius id, quod impendit, hac actione contraria recuperat, quam si, & quatenus, servavit mandati fines, hoc enim si excesserit, forte pluris emendo rem, vel in majorem quantitatem fidejubendo, quam mandato comprehensum erat, nec mandati nec negotiorum gestorum a-

ctione, quod amplius expendit, repellere potest, cum videatur inviti & prohibentis negotia gessisse, quo casu constat, non mandati tantum, sed & negotiorum gestorum cessare actionem, §. *is, qui exequitur* 8. *Inst. h. t. l. praterea* 3. §. *ult. l.* 4. *l.* 5. *l. rogatus* 33. *ff. h. t.* arg. *l. si pro te* 40. *ff. h. t. l. ult. C. de negot. gestis*. Si tamen res, quæ pluris emta est, etiam vere pluris valeat, non tenetur mandatarius eam aliter mandati præstare, quam si hic totum pretium, quod erogatum, refundere paratus sit, & mandatarius adhuc mandantis contemplatione rem pluris emerit; cum alioquin excedens mandati fines non mandatum executus esse, sed aliud quid fecisse, sibique potius, quam mandati, negotium gessisse censeatur, arg. *l. diligentes* 5. *ff. h. t.* Mandati autem fines excessisse non videbitur, qui mandatum implevit per æquivalens, quoties non interest mandati, an secundum formam mandato præfinitam, an eo, quo nunc impletum, modo finis negotio impositus sit, *l. diligenter* 5. §. *ult. l. si quis pro eo* 46. *ff. h. t.* Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 12. *n.* 12. si enim interesset, adeoque non expediret mandanti, aliis præstationibus mandati executionem fieri, tantum abest, mandatario contrariam oportere actionem dari, ut potius ipse mandanti directa mandati actione teneatur ad id quod interest, servatos non esse mandati fines, *d. l. diligenter* 5. §. 1. 2. *d. l.* 46. *ff. h. t.* eoque pertinet facti species in *l. ult.* §. *ult. ff. h. t.* ubi cum mandatum esset, ut quis, pro Titio fidejuberet apud Sempronium, isque non fidejusserit, sed mandaverit, Titio credi, *teneri* dicitur mandanti scilicet actione contraria, tanquam talis, qui aliud egit, quam quod sibi mandatum est. Sim. van Leeuwen *in not. ad d. l. ult.* §. *ult. ff. h. t.*

12. Quod si quis ex mandato alterius, & in alterius utilitatem, impensas fecerit in rem suam, non integras recuperat, sed deducto eo, quanto melior ac pretiosior tali impensa res facta est, in reliquum tantum actionem dandam esse Celsus respondit, cum quidam Aurelius Quietus hospiti suo medico mandasse diceretur, *ut in hortis ejus, quos Ravennæ habebat, in quos annis omnibus secedere solebat, sphæristeria, & hypocausta, & quædam ipsius valetudini apta, suis impensis faceret*, *l. si quis mihi* 16. *ff. h. t.*

13. Ceterum præter impensas mandatarius etiam jure petit, se liberari ab obligatione, si quam forte mandati intuitu subiit: aut eam saltem in mandantem transferri, *l. si mandatu* 45. *pr. & §§. seqq. ff. h. t.* arg. §. *tutores* 2. *Inst. de oblig. quæ quasi ex contractu*; damna quoque sibi resarciri, quæ mandati occasione propriis in rebus perpessus est, si modo non casu, sed aliqua mandantis culpa id damnum evenerit, veluti si quis certum servum, puta Stichum, emi mandaverit, isque mandatario furtum fecerit; mandans enim id ipsum reparare compellitur, cum in culpa sit, quod non penitius in Stichi, pretio comparandi, conditionem inquisiverit, & justissime procurator allegare possit, non fuisse se id damnum passurum, si mandatum tale non suscepisset, *l. si servus communis* 61. §. *quod vero* 5. *ff. de furtis*, ad quod tamen damnum sarciendum non teneretur mandans, sed liberari posset servum noxæ dando, si servum in genere tantum, sine certæ personæ designatione, emi mandasset; cum casus plane fortuitus sit, quod mandatarius in servi furis emptionem inciderit: ac de tali mandato generali accipienda *l. inter causas* 26. §. *sed cum servus* 7. *ff. h. t.* in cujus fine dum *scientia* mentio injicitur, scientia talis videtur intelligenda, quæ demum post interpositum mandatum, servumque jam emtum, supervenit. Similiter, si quis mandati exsequendi causa profectus, a latronibus spoliatus sit, aut naufragio res amiserit, vel languore suo suorumque apprehensus quædam erogaverit, mandatarii potius quam mandantis id damnum esse oportere Romanis visum fuit, tanquam casui magis quam mandato imputandum, *d. l. inter causas* 26. §. *non omnia* 6. *ff. h. t.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib.* 7. *tit.* 19. *n.* 14. Sed hodie mandatario ex æquitate hic quoque succurrendum putant; cum æque ac in superiori casu, quo servi certi emendi mandatum habebat, *justissime procurator allegare possit, non fuisse se id damnum passurum*, si mandatum, & ex mandato iter non suscepisset, arg. *d. l.* 61. §. 5. *ff. de furtis*. Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 26. *defin.* 29. & *in rat. ad d. l.* 26. §. 6. *ff. h. t.* Groenewegen ad *d. l.* 26. §. 6. *ff. h. t.* parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 8. *Instit. h. t. n.* 6. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 385. *in med.*

14. Quicquid autem contrario judicio mandatarius repetere potest, id quin & jure compensationis sibi servare possit, si quam teneat mandantis pecuniam, dubium non est, secundum vulgata compensationis jura, arg. *l. in rebus* 18. §. *ult. ff. commodati*, *l.* 1. §. *præterea* 4. *ff. de contraria. tut. & utili act.* Joh. Papon *lib.* 6. *t.* 12. *in append. art.* 3.

15. Finitur mandatum morte mandantis, *l. mandatum* 15. *C. h. t.* §. *item si* 10. *Inst. h. t. l. ult. in fine ff. de solution.* Cum enim mandati implementum dependeat in universum a voluntate mandantis, qui omni tempore, sive re integra sive non integra, illud revocare potest, modo præstet mandatario id quod interest, adeo ut post revocationem mandati quandocunque factam mandatarius non ultra procedere queat in mandato exequendo, quia ut Ulpianus ait, extinctum est mandatum, finita voluntate, *l. si vero non* 12. §. *si mandavero* 16. *ff. h. t.* ratio dictat, id, quod ita a mera ejus dependet voluntate, etiam morte perimi, dum jam amplius velle non potest, qui mortuus est. Qua ratione, licet locatio ejus conditionis sit, ut & heredes locatoris locationi per defunctum factæ stare debeant, morte tamen locatoris evanescet, precario assimilata, si res elocata sit, *quoad is, qui eam locasset, vellet*, *l. locatio* 4. *ff. locati.* Quod si mandatarius secundum potestatem sibi concessam alii rursus idem negotium gerendum mandaverit, non primi mandatarii, sed primi mandantis morte extingui mandatum, & finiri officium substituti, tradit Ant. Faber *C. lib.* 2. *t.* 8. *defin.* 24. Berlichius *dec.* 274. *n.* 11. Joh. Papon *lib.* 6. *t.* 4. *art.* 15. Gratianus *dis. for. c.* 737. *n. ult.* Fallit tamen superior regula, si id mandatum sit, quod demum post mortem mandantis impleri potest, veluti monumentum sibi fieri, *l. si vero* 12. §. *ult. ff. h. t. hæredi dari*, *hæredi fundum emi*, in quantum nulla viventis hereditas, heres nullus est, *l. idem est* 13. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. *ff. de hæred. vel act. vend.* Confer Bachovium *ad Treutlerum vol.* 1. *disput.* 27. *th.* 6. *lit. c.* Uti &, si mandatarius ignorans mortem

mandantis, bona fide negotium ad finem perduxerit, quod tunc etiam ratum manet, nec subjacet rescissioni, *d.* §. 10. *Inst. h. t. inter causas* 26. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* (adde casum singularem in *l. si pater filio* 4. *ff. de manum. vindicta.*) Si actio mandata sit, *l.* 1. *C. de oblig. & act.* Cujacius *lib.* 2. *observ.* 31. Si quis officii sui nomine mandaverit, veluti præses, *l. venditor* 49. §. 1. *ff. de judic.* Si mandatum institori datum, quo is tabernæ vel negotiationi erat præpositus, quippe quod durat, donec per heredes præponentis revocatum fuerit, *l. si quis mancipiis* 17. §. 2. *ff. de Inst. act.* Adde *d. t. de Inst. act. n.* 3. Si ad mandatum stipulatio subsecuta sit, dum mandatu meo Titius a Mævio stipulatus est, sibi post mortem meam decem solvi, qui sensus est *l. ult. in pr. ff. de solution.* tali enim in casu quia me vivo Mævius stipulatus est, mandatum meum hoc ipso suum implementum habet; de cetero inter Titium, ex mandato meo stipulantem, sibi dari post mortem meam, & Mævium promittentem nulla ex mandato, sed tantum ex stipulatu obligatio est, quam morte tertii seu mandantis non magis quam stipulantis aut promittentis, evanescere, certum est. Denique, si tale quid mandatum sit, ad quod mandans jam ante alia ex causa obligatus erat, veluti si venditor, qui vacuam fundi possessionem emtori tradi mandaverat, ante traditionem secutam decesserit; in quantum recte post ejus obitum tradit mandatarius, sive ignoret mandantem esse mortuum, sive, cum id sciret, heredibus non prohibentibus emtorem in vacuam induxerit fundi venditi possessionem, *l. fundi venditor* 33. *ff. de acquir. vel amitt. possess.*

16. Morte quoque mandatarii mandatum extinguitur, quia personæ industria electa creditur, quæ in heredes cum bonis haud transmittitur, *l. si quis alicui* 27. §. *morte* 3. *ff. h. t. d.* §. 10. *Inst. h. t.* nisi quis, cessis sibi actionibus, in rem suam procurator constitutus sit, *l. illam subtilem* 33. *C. de donation.* adeo ut extra hunc casum exceptum heredes mandatarii nec negotia adhuc integra perficere queant, nec, si perfecerint scientes mandata atque ita aliena esse, ullam habeant mandati actionem, *d. l.* 27. §. 3. *ff. h. t.* Plane si negotia adhuc integra, probabili facti errore ducti gesserint, dum forte ea non mandata, sed defuncti propria & hereditaria esse putant, non modo utili actione mandati contraria ipsis succurrendum videtur, ne justa & probabilis ignorantia alioquin damnum adferat, arg. *d.* §. 10. *post med. Inst. h. t.* sed & summo jure valet, quod per heredes ita errantes actum est: quamvis verum sit, illud ob justam mandantis absentiam rescindi posse, si is implemento mandati per heredes mandatarii facto se læsum doceat, intentata actione Publiciana, non ea qua usucaptum fingit prætor quod vere necdum usucaptum est; sed potius altera, quæ frequentius rescissoria interpretibus dicitur, quaque ob justam absentiæ causam fingitur usucaptum non esse, quod vere usucaptum erat, *l. mandatum* 57. *ff. h. t.* junct. *l. in honorariis* 33. *in fine prin. ff. de oblig. & act.* modo observemus in *d. l.* 57. *ff. h. t.* pro *non utiliter* oportere legi *non inutiliter*, ut Gothofredus ibidem in notis post alios monet. Si quæras, cur ratum maneat, nec rescindatur, quod post mortem mandantis a mandatario ignorante actum est, ut supra monitum; rescindi ex adverso possit, quod post mandatarii obitum heredes ejus bona fide executi sunt? sciendum est, priore casu nullam occurrere æquitatis rationem, quæ rescissionem suadet, quia ex præscripto mandantis licet defuncti, mandatum implevit idem ille, cujus industriam mandans elegerat: at hoc in casu executi erant illi, quorum industria probata non fuerat, neque oportebat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum affici damno, *d. l.* 57. *in fine ff. h. t.* Priori casu si læsi sint mandantis heredes, est quod mandanti imputent, qui mandatario tali rem gerendam commiserat; posteriore nulla mandanti culpa imputari potuit, alio, cujus industriam non elegerat, negotiis se immiscente.

17. Revocatione quoque mandantis, nec non mandatarii renunciatione, mandatum solvitur, licet pactum de non revocando fuisset appositum, arg. *l.* 1. §. 45. 46. *ff. depositi*, utrobique quidem impune, si res adhuc integra sit, cum mandati actio tum directa tum contraria demum competat, ex quo, & in quantum, agentis cœpit interesse, §. *recte quoque* 9. & §. *mandatum* 11. *Inst. h. t.* junct. *l. si procuratorem* 8. §. *mandati* 6. *ff. h. t. l. si vero non* 12. §. *si mandavero* 16. *l. si quis alicui* 27. §. 1. 2. *ff. h. t.* Neostadius *Curiæ supr. decis.* 67. Re non integra, præstandum id quod interest, renunciationem, aut revocationem intempestive contigisse, *d.* §. 9. & 11. nisi justis ex causis mandatarius renunciet, quales sunt inimicitiæ capitales, adversa valetudo, absentia reipublicæ causa, aliæque similes, *l. si mandavero* 22. §. *ult. l.* 23. 24. 25. *l.* 27. §. 2. *ff. h. t.* aut nisi justa revocandi causa subsit, quo casu & procurator domini mandantis revocandi jus habet, *l. si hominem* 30. *ff. h. t.* atque etiam quandoque revocatio facta præsumitur, dum is, cui quis solvi mandaverat, conditionem seu statum mutavit, ex libero servus, ex cive deportatus, vel ex servo liber factus, *l. cum quis sibi* 38. *ff. de solution.* §. *item si adhuc* 10. *in fine Inst. h. t.* Henr. Kinschot *resp.* 56. *n.* 3. 4. 5. aut si quis diversis temporibus duos ad idem negotium constituat procuratores; in quantum posteriorem dando priori gestionem videtur ademisse, *l. si procuratorem* 31. §. *ult. ff. de procurat. cap. non injuste pen. extra, de procurat.* Adde *t. de procurat. n.* 24. *in fine.* Quin &, si quis foro cesserit, hoc ipso revocatum censeri mandatum, tum quod dedit foro cedens, tum quod ei suscipiendi datum est, dicendum videtur, arg. *l. vel exilio* 21. *ff. de procurator.* Mantica *de tacit. & ambig. conven. l.* 7. *t.* 22. *n.* 45. & *seqq.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 20. *n.* 16. Non tamen mandatum generale per subsecutum speciale, ut dictum latius *t. procurat. n.* 24. Nec regulariter mandatum in dubio præsumitur revocatum. Vide Mascardum *de probat. conclus.* 1017. & quæ scripsi *t. de procurat. n.* 24. Ceterum nullo modo revocari mandatum potest, si quis in rem suam procurator constitutus sit cessa sibi actione, arg. *l. procuratore* 55. *ff. de procurator.* vel, si ex mandato Titii Mævius a Sempronio stipulatus sit, cum eo casu & Mævius invito Titio actione ex stipulatu Sempronium convenire queat, & vicissim Sempronius invito Titio facere Mævio solutionem ejus, quod ex stipulatu debet, *l. ult. ff. de solution.* idemque est, si ex mandato delegatio subsecuta & ad finem perducta sit; cum ita mandans seu delegans in totum li-

beretur, & nova inter alios obligatio intercedat, §. *pen. Inst. quib. mod. toll. oblig.* Neostadius *Curia Holl. dec.* 38.

TITULUS II.

Pro Socio.

SUMMARIA.

1. *Quid sit societas? quo modo, & a quibus, iniri possit?*
2. *Quo modo societas tacite ineatur? cum societate non confundenda communio. Quæ veniant in tacitam societatem? Tacita universorum bonorum societas coiri nequit.*
3. *Quid sit publica, quid privata societas? & in quibus differant?*
4. *Quæ veniant in universalem societatem? ubi de dote filiæ, sumtibus in studia filii; & an non soluta societate socius unus tantum præcipiat, quantum propter alterius filium filiamve erogatum? Si aliquando ad patrem dotantem redeat dos data, an alteri socio pro rata communicari debeat? Quid juris, si unus sociorum ab uxore dotem acceperit, vel dotem ex pacto lucratus sit? An in universalem veniant turpia lucra? & an moribus probata sit universalis societas?*
5. *Quænam veniant in societatem simpliciter initam? quæ in societatem certæ rei vel negotiationis sive lucra sive damna? Quæ in societatem navigandi communi periculo, & de societate Indiæ Orientalis & Occidentalis, remissive.*
6. *Quæ res in societate ipso jure communes fiant, quæ communicandæ sint? An communicata, si eas socius retulerit in rationes societatis?*
7. *Rei turpis & maleficiorum nulla societas est. Quid juris, si occasione honestæ societatis alter sociorum lucra turpia captaverit, & alteri socio scienti vel ignoranti communicaverit, ac postea ad restitutionem aut pœnam damnetur?*
8. *Quales lucri & damni partes ferant socii ex natura societatis? Omnia pacta circa lucrum & damnum sustineri debere, quibus leonina societas evitata est, nominatim; ut unus ferat partem lucri, de damno non teneatur. Apparente tamen enormi læsione per pactionem aut arbitrium tertii, locus est remedio l.* 2. C. de rescind. vend.
9. *Actio pro socio plerumque datur finita societate; quandoque & ea durante.*
10. *Per actionem pro socio tantum petuntur præstationes personales, neutiquam rerum ipsarum communium divisio.*
11. *Ad præstationes personales pertinet rationum redditio. Hæc ab initio non potest pacto remitti. Quando, & quibus temporibus peti possit, maxime, si unus socius omnia tractet?*
12. *Huc etiam pertinet lucri & damni communicatio; cautio de lucro & damno futuro communicando. An socius teneatur, si acquirendi conditione usus non sit? An lucrum cum damno pensandum, si in quibusdam diligentia maxima profuerit, in aliis negligentia summa nocuerit? Præstat culpam levissimam, si in suis diligentissimus sit; vel præter operam insuper artificium promiserit ad explicationem* l. 52. §. 2. ff. h. t.
13. *Petitur & restitutio impensarum una cum usuris; ubi & de privilegio retinendi rem communem pro impensis in eam a socio factis; qua occasione definitur per distinctiones, an singuli socii in solidum, an tantum pro parte conveniri possint ex contractibus nomine societatis celebrati: & quid moribus obtineat?*
14. *An socii ære alieno nomine societatis contracto obligentur; si pecunia societati credita in arcam communem versa non sit, itidem distinctione explicatur.*
15. *An socius derelinquendo suam partem societatis liberari possit ab onere æris alieni, ad quod nomine societatis devinctus est, etiam per distinctionem declaratur.*
16. *Petitur etiam ut socius reliquis restituat, quod supra suam partem nomine societatis accepit. Et an socius unus a debitoribus societatis solidum petere possit, vel hi tuto uni socio solidum solvere?*
17. *An socius moram faciens in restituenda pecunia societatis aut lucris societati communicandis, vel nummos tales in suos usus convertens, ad usuras condemnandus sit, distinctione definitur, ad explicationem* l. 60. ff. h. t.
18. *Agitur quoque ad id ut liceat uti re secundum primam sociorum intentionem, & ne quid novi fiat contra eam: item ut præstentur quæ singularibus pactis placuerunt: explicatio* l. 69. ff. h. t.
19. *An socius, qui præcipue vel solus negotia societatis gessit, salarium pacisci, aut viri boni arbitrio consequi possit?*
20. *Socii inter se gaudent beneficio competentiæ tam particulares quam universales. Quando illud cesset? & quid moribus?*
21. *Singulare est, quod unus ex pluribus sociis suam partem integram adeptus a socio debitore societatis communicare id reliquis teneatur, si illi solidum consequi ab eo nequeant; & si unus sociorum impendia per alterum facta restituere nequeat, id reliquos pro rata gravat.*
22. *Si socius unus, qui nomine societatis plusquam suam partem consecutus est, foro cesserit, reliqui socii in rebus & creditis societatis potiores sunt aliis sociis foro cedentis creditoribus.*
23. *De fine societatis per mortem socii; quo usque hac in parte societas vectigalium differat a privata? An testator heredem damnare testamento possit, ut in societate perseveret? Heres socii, si non sit adscitus, an, & quo usque emolumenti successor sit, & quid distet hic publica vectigalium a privata? Qualem culpam præstet heres socii in perficiendis a defuncto inchoatis? Quid juris, si socius quædam gesserit ignorans mortem socii?*
24. *Nemo potest invitis sociis ceteris alium suo loco substituere: renunciare tamen potest societati expresse vel tacite. Quid juris, si callide, vel intempestive renunciaverit? & an renunciari possit societati vectigalium?*
25. *Quo modo renunciatio fieri possit? an & procuratori? An procuratori socii? an, & quomodo absenti socio? An sufficiat renunciationem privatim fieri, an vero publice facienda sit, distinctione explicatur.*
26. *Finitur societas finito negotio, publicatione bona-*

rum, ac cessione. Quid juris, si servus socius alienetur, vel socius ex patrefamilias fiat filiusfamilias, aut vice versa?

27. *Finita societate, pro qua parte res redeant ad socios, maxime, si unus operam, alter pecuniam contulerit?*

28. *An cum actione pro socio concurrere possit actio furti contra socium, & an una intemata alteram perimat?*

1. SOcietas est contractus juris gentium, bonæ fidei, consensu constans, super re honesta de lucri & damni communione. Quam inire possunt omnes liberam habentes rerum suarum administrationem, idque vel simpliciter, vel ad certum tempus, *l.* 1. *l. si convenerit* 14. *l. actione* 65. §. *item qui* 6. *ff. h. t.* vel in perpetuum, id est, dum vivunt, *d. l. ff. h. t.* (non tamen in æternum *l. nulla societatis* 70. *ff. h. t.*) ac non pure tantum, sed & ex die vel sub conditione; licet de eo olim disputatum fuerit: quia olim solemnis mancipatio ad communionem rerum inter socios faciendam erat necessaria, quæ actibus legitimis adnumerata vitiabatur per temporis vel conditionis adjectionem, *l.* 1. *ff. h. t. l. pen. C. h. t.* junct. *l. actus legitimi* 77. *ff. de reg. jur.*

2. Dividitur primo in expressam, quæ expressa conventione fit, & tacitam, quæ re contrahi dicitur, dum rebus ipsis & factis, simul emendo, vendendo, lucra & damna dividendo, socii ineundæ societatis voluntatem declarant, *l. societatem coire* 4. *ff. h. t. l. cum proponas* 2. *C. h. t.* Ut tamen non omnis rerum inter plures communio societatem pariat: nam, ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet, adeoque conventionem ac voluntatem sociorum, unde & societas voluntarium consortium appellatur, *l. cum duobus* 52. §. *idem Papinianus* 8. *ff. h. t.* Nec sufficit rem esse communem, dum communiter res agi potest etiam citra societatem, ut puta, cum non affectione societatis incidimus in communionem; quod evenit in re duobus legata, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obveniat, aut a duobus separatim emerimus partes eorum, non socii futuri, aut, cum nollemus inter nos contendere, inflando pretia mercedesve rerum auctione publica vendendarum vel locandarum, per nuncium rem in commune emimus conducimusve, *l. ut sit pro socio* 31. & *seqq. ff. h. t.* §. *item si inter instit. de oblig. quæ quasi ex contractu.* Illud interim inter expressam & tacitam societatem interest, quod in expressam & ea veniunt omnia de quibus actum est, quandocunque illa, quæ actibus istis, quibus tacitus declaratur in societatem consensus, necessario includuntur, ac inde dependent; quod absurdum esset, ex facto colligere consensum in ea, quæ necessariam cum eo facto non habent connexionem, arg. *l. ult. C. ne uxor pro marito.* Respons. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 85. *num.* 15. & *seqq.* Cui conveniens est, consensu tacito ac re iniri non posse universalem totorum bonorum præsentium ac futurorum societatem, unde & in *l. ea vero* 3. §. 1. *ff. h. t.* Jurisconsultus ait, cum *specialiter* omnium bonorum societas coita est, tunc, & hereditates & legata & quod donatum est, aut quaqua ratione acquisitum est, communioni acquiri, dissent. Fachineus *controv. lib.* 12. *c.* 14.

3. Alia insuper societas publica est, alia privata. Publica dicitur vectigalium societas, dum plures simul vectigalia & alia similia commoda fisco obvenientia a fisco conducta habent. Privata, quæ de rebus privatorum inter privatos initur, *l. societates* 5. *pr. l. adeo morte* 59. *l. verum est* 63. §. *in heredem* 8. *ff. h. t.* adde Car. Sigonium *de antiquo jure civ. Roman. lib.* 2. *cap.* 4. *post med.* Quæ duæ species, in quibus inter se distent, prolixe tractat Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 8.

4. Est & vel universalis totorum bonorum, vel particularis. Universalem appellant, in quam omnia veniunt mobilia, immobilia, corporalia, incorporalia, præsentia & futura, hereditates, legata, donationes, *l.* 1. §. 1. *l.* 2. 3. *l. si societatem* 73. *pr. ff. h. t.* omne lucrum, & onus omne, omneque damnum, quod sine dolo, lata ac levi culpa sociorum uni incumbit aut supervenit, adeoque etiam alimenta, sumtus in studia, vel in honorem, dotes, & alia similia liberis unius socii suppeditata, licet alter nullos liberos habeat, in quorum usum talia venirent vicissim eroganda; uti id aperte cautum *l. si societatem* 73. *ff. h. t.* in qua non tam pactio peculiaris societati totorum bonorum adjecta proponitur, quam potius formula plenior, qua universalis societas contrahi solita; sive enim id agatur, ut *universarum fortunarum societas sit*, sive convenerit, *ut quicquid erogaretur vel quæreretur communis lucri atque impendii esset*, nil præter diversum verborum sonum interest. Firmatque hanc sententiam, quod socius universorum bonorum, qui quid ob injuriarum actionem damnatus præstiterit, ex communi consequi debeat, si injuria judicis, non ob maleficium suum, damnatus sit, *l. cum duobus* 52. §. *ult. ff. h. t.* quodque a Scævola responsum, filium reipublicæ debita, quæ post mortem patris contraxit, fratri suo pro parte hereditaria reputare non posse, *si non in omnibus socii essent*, *l. ex parte* 39. §. *filius* 3. *ff. famil. ercisc.* unde a contrario, si bonorum omnium socii fuissent, communioni hoc æris alieni onus imputandum foret. Prolixe Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib.* 6. *cap.* 20. Jacob. Coren *consil.* 18. *num.* 8. & *seq. ad num.* 18. & *num.* 26. 27. Menochius *de arbitr. jud. lib.* 2. *casu* 127. *num.* 3. Wissenbac *ad Pand. h. t. num.* 24. Neque iis, quæ de dote filiæ ex communi præstanda diximus, repugnat, quod videatur pacto speciali opus est, ut filiæ vel prima vice vel iterato nubenti dos de communi constituatur, *l. si socius pro filia* 81. *ff. h. t.* cum in ista lege non de universali totorum bonorum societate tractetur, nec ulla ejus mentio fiat, sed magis de particulari, cui inter alia pactum appositum, *ut de communi dos constitueretur.* Minus adversatur, quod dotis datio, ac subministratio sumtuum in studia, ad liberalitatem ac donationem pertineat; de suo autem, non de alieno unumquemque largiri æquum sit, l. *debet autem* 27. *ff. de ædilit. edict.* Considerandum enim, dotem a patre filiæ dandam minus recte, ac improprie admodum ad liberalitatem referri; cum & legis & judicis necessitate compulsi parentes cogantur dotem pro sua date progenie, *l. capite* 19. *ff. de ritu nupt. l. ult. C. de dotis promissione*, (adde *t. de jure dot.*) at nemo in necessitatibus liberalis existit, *l. rem legatam* 18. *ff. de adimend. legatis.* Eo quod attinet ad sumtus in studia, nec hi ad simplicem donationem jure

reducuntur, sed propius ad alimenta liberis præstanda accedunt, ac naturalem in se continent præstationis æquitatem pietatemque, atque ita vinculum quoddam obligationis naturalis habent, licet nulla liberis ad eorum exactionem contra parentes actio sit. Adeo autem verum est, universali societati hæc aliaque impendia similia imputari, ut nec societate finita deduci queat ante divisionem ab altero, liberos non habente, quod alter ex causis istis in liberos proprios erogavit. Cum enim hereditates, legata, donationes ita jure societatis communes fiant, ut societate diremta eas jure præcipui non deducat is, ex cujus latere obvenerunt, sed æqualiter cum rebus ceteris inter socios pro rata dividendæ sint; absurdum esset, damni ex uno latere citra culpam levem evenientis aut oneris a natura vel lege impositi intuitu ullam ab altero fieri præceptionem; tum quia damni lucrique par ratio est in societate, quoties non aliud nominatim actum est, §. 1. & 3. *inst. h. t. de societ.* tum quia secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem & incommoda sequuntur, ac vice versa, *l. secundum naturam* 10. *ff. de reg. juris.* tum denique, quia ab initio socii in societate universali incertæ sese spei committunt. Fachineus *controv. libr.* 8. *cap.* 4. dissent. post alios Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 45. 46. Si tamen dos vel durante societate universali, vel ea finita, iterum alio casu ad patrem socium dotantem revertatur, societati eam rursus cedere æquum foret. Cum enim jus illud, ex quo dos etiam post dissolutam societatem ad patrem redit, ex ipsa dotis numeratione, quæ stante societate contigit, originem ac causam trahat, atque adeo durante societate jam natum ac societati quæsitum fuerit, si non re ipsa, at saltem spe; necesse est, reversam quandocunque ex illo jure dotem inter quondam socios, velut rem societatis, communicari dividique pro rata, *l. si socius pro filia* 81. *ff. h. t.* arg. *l. cum emancipati* 2. §. *id quoque* 3. & 4. *ff. de collation.* eodem modo, qao & inter socios universales dividenda illius dos, quam unius eorum ab uxore sua acceptam vi pacti dotalis aut aliter, soluto matrimonio lucratus est, *l. quod si eo* 66. *ff. h. t.* Jac. Coren. *consil.* 18. *num.* 16. licet divisio non sit facienda, sed socius maritus eam de communi præcipere debeat, si stante adhuc matrimonio societas distrahatur; non alia de causa, quam quia post dissolutam societatem solutum maritum socium sequitur onus personale matrimonii; natura autem æquum est dotem illic esse ubi onera matrimonii sunt, quippe ad quæ sustentanda dos data fuerat, *l. actione* 65. §. *ult. l.* 66. *ff. h. t.* junct. *l. si is, qui Stichum* 56. §. 1. 2. *ff. de jure dot. l. si maritus* 46. *ff. famil. ercisc.* Plane, neque turpia lucra, neque damna, quæ socius unus dedit aut passus est suo dolo lata vel levi culpa, dum injuriarum vel furti vel adulterii convictus & damnatus fuit, vel alea aut luxu perdidit, in universalem veniunt societatem, *l. cum duobus* 52. §. *ult. l. adeo morte* 59. §. 1. *ff. h. t.* Grotius *manud. ad jurisp. Holl. lib.* 3. *cap.* 21. *num.* 20. 21. Ceterum universalem omnium bonorum, tam futurorum quam præsentium, societatem jam olim in Hollandia fuisse reprobatam, si eam excipias, quæ vi statuti inter conjuges obtinet, a Grotio notatum est, *manud. ad jurisprud. Holland. lib.* 3. *cap.* 21. *num.* 5. 6.

5. Particularis societas vel simpliciter initur, ut nulla certarum rerum aut negotiationis certæ mentio fiat, aut ex adverso de re certa, vel certa rerum quarundam universitate, certave specie negotiationis. In eam quidem, quæ simpliciter initur, omnia illa veniunt, quæ ex industria & labore sociorum acquiruntur, & *quæstus* appellatione continentur; ac vice versa illud æs alienum, quod ex quæstu pendet, non damna alia rebus ipsis sociorum casu vel per tertium illata, nec hereditates, legata, donationes, quoties aliam ob causam, quam industriam, veluti ob sanguinis vinculum & affectionem uni socio acquiruntur, *l. oriri societatem* 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. *l. duo societatem* 61. §. *ult. ff. h. t. l. aditio* 45. §. 2. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* Jac. Coren *consil.* 18. *numer.* 18. & *seqq.* Adde quæ scripsi *tract. de familia ercisc. cap.* 4. *numer.* 11. & *seqq.* & quæ dicentur de communione omnium bonorum, ac communione quæstuum inter conjuges ex usu hodierno, *tit. de pact. dotal.* Quod si de re certa vel certa specie negotiationis vel certa rerum universitate, societas contracta sit, nulla in eam veniunt lucra aut damna, præter ea, quæ rerum istarum certarum aut certæ negotiationis intuitu obvenerunt: aliunde quæsita quisque sibi retinet, uti damna solus fert. Quo fundamento responsum, explorati juris esse, etiamsi maxime argentaria societas sit, quod quisque tamen socius non ex argentaria causa quæsivit, ad communionem non pertinere. Nec in communionem redigendum, quod aliunde fratres quæsiverunt, cum parentum indivisas hereditates ideo tenuissent, ut emolumentum ac damnum in his commune sentirent, *l. cum duobus* 52. §. *cum duo* 5. & §. 6. *ff. h. t.* Sed &, si socius certæ negotiationis res quasdam ex pecunia societatis sibi soli comparasset, eas nec communes fieri nec communicandas esse, frequentius placuit, nisi res tales essent, quæ ad ipsam illam, de qua societas contracta fuerat, spectabant negotiationem, arg. *d. l.* 52. §. 3. & 6. *ff. h. t.* junct. *l. si ex ea* 6. *C. de rei vindic.* Hector Felicius *de societate cap.* 14. *num.* 74. & *seqq.* Ex adverso cum sagariam quidam negotiationem coivissent, & alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidisset, pecunias & res alias communes & proprias perdidisset, ipse & servi ejus vulnerati essent, & ob id in Medicos debuisset impendi, Juliano ac Ulpiano placuit, damnum commune fore tam pecuniæ quam rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius, nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur, *d. l. cum duobus* 52. §. *quidam sagariam* 4. *ff. h. t.* Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 21. *num.* 27. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 324. *potius* 224. *pag. mihi* 604. Quæ porro damna veniant in societatem navigandi simul communi periculo, (*als verscheyde Scheepen te samen varende Admiraal schap maken tot gemeene verweringe*) & ad quid quisque ex istius societatis jure alteri obligetur, definitum est *placito Ordin. General.* 1. *Sept.* 1643. & *aliis pluribus anterioribus, quæ exhibentur vol.* 1. *placuit. pag.* 876. *art.* 37. & *mult. seqq.* item *placito anni* 1652. 26. *Aprilis d. vol.* 1. *pag.* 907. Adde Hug. Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 8. *cap.* 22. Quæ insuper Jura sint societatis Indiæ Orientalis, petendum ex variis placitis, quorum catalogus est *vol.* 3. *placit.*

pag. 1306. *& seqq. ad pag.* 1329. quæ Indiæ Occidentalis, docent placita recensita *d. vol.* 3. *pag.* 1329. *& seqq.*

6. Illud sciendum est, corporalia quidem tempore societatis initæ penes socios reperta, ipso jure citra veram traditionem fieri sociorum communia, postea vero quæsita communicanda esse; incorporalia omnia, potissimum actiones, tum tempore societatis initæ quæsitas, tum postea quærendas, mediante demum cessione communicari, *l.* 1. §. 1. *l.* 2. 3. *l. si quis societatem* 74. *ff. h. t.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 8. *numer.* 11. Ut tamen intelligantur res in societate communicatæ, si eas emtas socius retulerit in rationes societatis, arg. *l. quod autem* 53. 54. junct. *l.* 55. *ff. h. t.* ubi id, quod una in lege dicitur in *medium collatum* & ita commune factum in altera dicitur *in societatis rationes collatum.* Jacobus Coren *obs.* 25. *n.* 49. *& seq.*

7. Versatur societas circa res honestas, non turpes: neque enim ulla maleficiorum, veluti furti, direptionis, societas, nulla doli communio est, *l. nec prætermittendum* 57. *ff. h. t. l.* 1. §. *plane* 14. *ff. de tut. et ration. distrab.* Hinc nec socius recte petit, in societatem conferri ea quæ per alterum socium scelere parta sunt; nec qui ex delicto, de quo societas coita fuerat, in pœnam damnatus est, jure desiderat damni ex maleficio communionem, *d. l.* 1. §. 14. *ff. de tut. et rat. distrab. l. nec prætermittendum* 57. *ff. h. t.* Si tamen, cum ab initio rei honestæ & licitæ societas coita esset, unus ex sociis nonnulla turpiter quæsita sponte sua in medium contulerit, hactenus alteri cedunt socio, ut conferens ea repetere nequeat, nisi cum ipse ad restitutionem damnatus est; quo casuis, qui turpe lucrum sciens ex communicatione admisit, non rem tantum restituit, sed & pœnæ partem agnoscere tenetur, quoties in pœnam alter damnatus est; quia æquum est, ut, cujus lucrum, participet & damnum; ad quam pœnæ communionem non teneretur, si ignorans inhonesti lucri suscepisset portionem, *l. quod autem* 53. 54. 55. 56. 57. *ff. h. t.*

8. Præcipue vero ad societatis substantiam pertinet communio lucri & damni, adeo ut, ubicunque ea esse nequit, ibi nec societas sit. Quo fundamento reprobata societas, qua id agitur, ut alter lucrum tantum, alter tantum damnum sentiret, quamque Jurisconsulti nostri *leoninam* dixerunt: quippe in qua neque lucri neque damni ulla communio est, *l. si non fuerint* 29. §. 2. *ff. h. t.* Extra quem casum reliqua omnia de lucri & damni partibus cuique cessuris ex libera sociorum dependent voluntate; quippe qui, licet tunc, cum nihil de partibus lucri damnique convenit, pro rata ejus, quod quisque contulit in societatem, partes lucri & damni ferant, §. *& quidem* 1. *instit. h. t. d. l. si non fuerint* 29. *pr. ff. h. t.* junct. *l. si societatem* 6. *l. quid enim* 80. *in fine ff. h. t.* recte tamen paciscuntur, ut neglecta utrinque collatorum proportione, aliæ cuique cedant lucri partes, non modo, ubi unus operam, vel præter rem operas confert, sed cum utrimque rerum collatio facta est; sic ut secundum collatorum proportionem alia, alia ex pacto lucri ac damni divisio facienda sit, ac vi pacti plus ex lucro capiat, qui minus in rebus aut operarum præstandarum æstimatione contulit; minus vi lucretur, qui contulit plus. Si enim non nisi pro rata, qua operæ ex uno latere collatæ valent, disparitas pacto speciali induci potuisset, nihil sane prodesset pactio; quippe extra quam ex ipsa juris dispositione pro rata rerum aut operarum in societatem collatarum, lucra & damna cuique acquiri ac quemque gravare debent: neque tunc satis apte Imperator inter se opposuisset juris communis dispositionem, & pacta specialia societati apposita, quibus id jus commune immutatur, cum ait, *si nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit, æquales partes in lucro & in damno spectari: quod si expressæ fuerint partes, has servari debere,* §. 1. *Inst. h. t.* uti pro hac sententia argumentatur Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 53. Quam & moribus hodiernis invaluisse post alios allegatos ibidem in fine testatur; nec satis jura commerciorum & societatis inter mercatores intellexisse illos, qui hic aliam fovent opinionem, scripsit Hugo Grotius *inter Responsa Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 303. *revera* 203. *numer.* 3. *pag. mihi* 541. Cui consequens est, ut pactum sustineri debeat, quo id agitur, ut unus duas lucri partes ferat, damni unam; ut alter conferat operam, alter pecuniam, lucrum commune sit; vel ut unus conferat operam, alter pecuniam, lucrum & damnum commune sit, atque ita periculum sortis per unum collatæ ad eum quoque spectet, qui operas confert, denique ut unus ferat lucri partem, de damno non teneatur. Quo casu postremo licet conventio videatur prima specie tantum lucri non vero damni communionem inducere, contra naturam societatis; non tamen ita est, eo quod isto in casu non aliud in lucro esse intelligitur, quam quod superest pensato omni damno, ac proinde idem ille, qui secundum verborum corticem a damni onere videri poterat immunis esse, tamen interveniente hac lucri cum damno pensatione, damni quoque communionem re ipsa subit, §. 1. 2. 3. *Inst. h. t. l. si non fuerint* 29. *pr. &* §. 1. *l.* 30. *ff. h. t.* Abr. a Wessel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 3. *num.* 11. 12. 13. Et licet forte per speciales hujusmodi a jure communi recedentes de lucro & damno pactiones subinde sociorum alteruter læsionem quandam sustineat, & conditione meliore in societatem admittatur, qui pro collatorum proportione vel paris vel deterioris debuisset conditionis esse, non tamen eo superiore evertitur probata a Justiniano paciscendi licentia; cum ratio nulla sit, cur non in societate æque, ac in emtione, permutatione, similibusque aliis liceret contrahentibus in pretio, aut rebus permutandis, se invicem circumvenire, convenienter *l. in causa* 16. §. *idem Pomponius* 4. *ff. de minor.* 25. *annis.* Dummodo id unum caveatur, ne enormis alterutri socio ex tali pactione, a jure communi remota, læsio inferatur; quippe quo casu locus foret remedio *l.* 2. *C. de rescind. vendit.* ut illo titulo latius dicendum erit. Nam &, si in arbitrium tertii certi in societate contrahenda partium lucri & damni determinatio collata fuerit, quod utique per leges licet, sed arbitrium arbitri ita pravum sit, ut manifesta iniquitas ejus appareat, corrigi debet judicio bonæ fidei, *l. societatem mecum* 76. 77. 78. 79. 80. *ff. h. t.* Et secundum hæc cum Hugone Grotio *inter Responsa Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 303. *revera* 203. *nu.* 2. 3. *pag. mihi* 541, & Arnoldo Vinnio *d. lib.* 1. *cap.* 53. *in fine*, accipienda videntur Ulpiani verba in *d. l.* 29. §. 1. cum ait, ita

demum valere conventionem illam (ut nempe lucrum commune sit, de damno alter non teneatur) *si tanti sit opera, quanti damnum est*, non quod æqualem & mathematicam proportionis æqualitatem inter socios præcise exigat, sed quod nimiam inæqualitatem reprobet, in qua manifesta iniquitas & læsio enormis appareret. Societatem quidem donationis causa non recte contrahi, ab eodem Ulpiano admonemur, in *l. societates* 5. §. *ult. ff. h. t.* Sed & idem docuit, venditionem non valere, quoties in totum venditio donationis causa facta est, *l. si quis donationis* 38. *ff. de contrah. emt.* Ceterum, uti venditio valet, si quis rem donationis causa minoris vendat, teste eodem Ulpiano in *d. l.* 38. ita, cur non in societatem socius quoque plus conferens deteriore conditione donationis causa admitti desideret, ratio diversitatis sufficiens in promptu non est.

9. Ex hoc contractu actio pro socio nascitur, utrimque directa & ob dolum aut culpam latam infamans, §. *ex quibusdam* 2. *Instit. de pœna temere litig. l.* 1. *ff. de his qui not. infam.* quæ plerumque quidem finita demum societate locum habet adeo ut renunciandum sit societati, quæ nondum extincta erat, si quis hac velit actione experiri, imo unusquisque, dum hac contendit pro socio actione, eo ipso intelligatur societati renunciasse, arg. *l. tam diu* 5. *C. h. t.* Ant. Matthæus *de auction. libr.* 2. *cap.* 8. *n.* 10. Quod tamen non aliter verum est, quam si judicium pro socio per unum sociorum ideo dictatum fuerit, ut societas distrahatur, *l. actione* 65. *pr. ff. h. t.* cum alioquin nihil vetet, quo minus etiam manente societate pro socio agatur, dum & in publica vectigalium & in privata societate propter varios contractus aliasque causas neutri sociorum expedit recedere a societate, *d. l. actione* 65. §. *pen. ff. h. t.*

10. Datur hæc actio socio contra socium, heredi & in heredem, quippe qui, licet socii non sint, tamen emolumenti successores sunt, *l. verum est* 63. §. *in heredem* 8. *ff. h. t.* Non tam ad ipsarum rerum communium divisionem, quam potius ad præstationes personales, *l.* 1. *ff. communi divid.* Cum enim actio pro socio tantum in personam sit, tendere non potuit ad ea, quæ non obligationis, sed juris in re, effectus sunt. Etenim, quisque rerum communium desiderat divisionem, non aliud petit, quam ut sibi soli rem suam, hactenus cum alio pro indiviso communiter habitam, in posterum pro diviso habere liceat; atque ita tantum vindicat suam partem ex re communi, ad quod apprime conducebat actio communi dividundo, mixta, primario in rem ac pro rei vindicatione comparata, ut latius expositum *tit. finium regund. num.* 4. Unde &, cum in rerum ipsarum communium divisionibus semper per adjudicationes negotium explicandum esset, sive res tota individua uni cederet, sive singulis rerum dividuarum partes ex divisione obvenirent, in actione tamen pro socio adjudicationes reprobatæ sunt, & definitum, solam *nominum*, id est, obligationum & præstationum personalium rationem habendam esse, *l. si actum sit* 43. *ff. h. t.* Ac proinde actio pro socio in eo quidem cum actione communi dividundo juris ejusdem ac potestatis est, quod utrobique personalium præstationum persecutio fiat, *l. pro socio arbiter* 38. §. 1. *ff. h. t.* quo etiam solo intuitu actionem communi dividundo in personam esse, probatum est, *tit. finium regund. num.* 4. ideoque una ex his intentata alteram perimit, quatenus is, qui primo egit actione communi dividundo, atque ita modo rerum divisionem, sed & præstationum personalium partem obtinuit, postea agens actione pro socio tanto minus consecuturus est, *d. l.* 38. §. 1. *d. l. si actum sit* 43. *ff. h. t.* sed in ceteris dispar harum actionum ratio & effectus est, quod nempe per judicium communi dividundo præter præstationes personales amplius rerum ipsarum divisio impetretur; non item per hanc pro socio actionem. Nec repugnat *l.* 2. *ff. communi divid.* utpote quæ reddens rationem, cur necessarium fuerit communi dividundo, judicium, *quia* scilicet *pro socio actio magis ad personales invicem præstationes pertinet, quam ad communium rerum divisionem*, non aliud vult, quam, actionem pro socio neutiquam tendere ad rerum communium divisionem; cum alioquin ista ratione non potuisset evinci necessitas actionis communi dividundo; quippe, quam nemo recte necessariam dixerit, si & actione pro socio communium divisio potuisset obtineri; eoque sensu vocem *magis* in jure nostro sæpius usurpari, patet ex *l. si forte* 6. §. *hac autem* 3. *ff. si servit. vind. l. si quis absentis* 5. §. *is quoque* 5. *ff. de oblig. & act.* §. *is quoque* 1. *Instit. quib. mod. re contrah. obl.* §. *pen. Instit. de oblig. quæ quasi ex contr. l. si vero non* 12. §. *cum quidam* 12. *ff. mandati.* Confer Vinnium *select. quæst. libr.* 1. *cap.* 36.

11. Ad præstationes autem personales, in hoc *pro socio* judicium venientes, pertinet, ut socius reddat rationes administrationis, si quid societatis intuitu ab eo gestum sit, aut geri debuerit, eumque in finem ipsum quoque librum rationum edat *l. quædam sunt* 9. *pr. ff. de edendo.* Hector Felicius *de societate cap.* 38. *nu.* 41. 42. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 127. sive solus omnia tractaverit, sive plures partitis per varias regiones aut tabernas operis seorsim singuli curæ partem subierint; quo casu adeo ad reddendas sibi invicem rationes obstricti sunt, ut nullus ab altero eas exigere queat, si non & ipse reddiderit, aut saltem obtulerit rationum redditionem, arg. *l. Julianus* 13. §. *offerri* 8. *ff. de act. emti l. cum proponas* 21. *C. de pactis.* Hector Felic. *d. tract. de societ. cap.* 37. *num.* 11. 15. 16. Wassenaar *pract. jud. c.* 10. *num.* 15. Quam etiam, licet finita societate remitti socio liberum sit, ad exemplum tutorum, arg. *l. Aurelius* 28. §. 3. & 4. *l. ult.* §. *Titia* 2. *ff. de liberat. legata;* tamen ab initio, tempore eo quo societas initur, remissionem talem fieri non magis socio posse, quam tutoribus cum ad tutelæ gestionem vocantur, merito visum est, tum arg. *l. ita autem* 5. §. *Julianus* 7. *ff. de admin. & peric. tut.* tum quia nulla conventione dolus in futurum remitti potest; quod tamen fieret, si a rationum redditione statim ab initio immunes essent, arg. *l. si unus* 27. §. *illud nulla* 3. *ff. de pactis.* Hect. Felic. *d. tract. cap.* 37. *num.* 17. Et quamvis, durante societate, non singulis momentis socius administrator rationum solemniter reddendarum onere ac necessitate gravandus videatur, sed magis finita societate, vel ea durante singulis annis aut talibus temporibus, quibus id ex usu mercatorum aut regionis fieri assuevit; tamen si bona fide & sine calumnia socii reliqui frequentibus inquirant, quo loco societatis res sint, sum-

matim id iis videtur explicandum. Vid. Hect. Felic. *d. tract. de societ. cap.* 37. *num.* 59. 60.

12. Præterea inter personales præstationes hac actione petendas & illud est, ut socius socio lucra communicet, damna reparet, non tantum dolo & lata, sed & levi, non item levissima culpa vel casu, societati illata, *§. ult. Instit. h. t. l. cum duobus* 52. §. 2. 3. 4. *ff. h. t.* cautionem quoque de damno vel lucro imminente communicando interponat, dum societatis occasione adhuc lucra sperantur, damna metuuntur, obligationes societatis intuitu contractæ, ex quibus societati debetur vel ipsa debet, ex incerta conditione suspensæ sunt, *l. omne aes alienum* 27. *l.* 28. *ff. h. t.* Nec interest, utrum res communis sua culpa corruperit aut perdiderit socius, an conditione acquirendi usus non sit; cum & ad lucrum captandum societas ineatur. Mudæus ad *l. nemo ex sociis* 68. §. 1. *ff. h. t.* Ant. Matthæus *de obligat. disp.* 23. *thes.* 13. *in fine.* Non etiam refert, an sola socii negligentia culpari possit, an vero, cum in quibusdam negligentior fuisset, in plerisque aliis diligentia summa auxerit societatem; eo quod non placuit, hic diligentiæ cum negligentia compensationem fieri, sed magis ex negligentia socium omnino teneri, *l. de illo* 23. §. 1. *l. non ob eam* 25. *l.* 26. *ff. h. t.* Quæ licet hodie mutata velit Groenewegius ad *l.* 23. §. 1. *ff. h. t.* tamen, cum nulla certa æquitatis ratio pro hac militet mutatione, magis juri Romano standum puto cum Ant. Matthæo *de obligat. disput.* 23. *thes.* 15. Quin imo, si socium suis in rebus diligentissimi patrisfamilias officia implere solere in aperto sit, vix dubium esse potest, quin & in rebus societatis ad exactissimam diligentiam præstandam obstringatur, dum fraude non caret, minorem rebus alienis curam adhibens, quam suis, arg. *l. quod Nerva* 32. *ff. deposit.* Idemque est, si non simplicem operam sed artificium socius promiserit ad societatem promovendam, arg. *l. item quæritur* 13. *§. si gemma* 5. *l. si merces* 25. *§. qui columnam* 7. *ff. locati*. Quod & Ulpianum, tametsi verbis obscurioribus, velle puto in *l. cum duobus* 52. *§. utrum* 2. *ff. h. t.* cum tractans de eo, qui artem operamve pollicitus est, dum pecus in commune pascendum, aut agri politori (fundos excolere & polire solito) dati erant in commune quærendis fructibus, ait, *nimirum ibi etiam culpa præstanda est*, puta, omnis, tanquam quid singulare præter communes societatis regulas inductum; addita ratione, *quia pretium operæ artis est velamentum*, hoc est, ut ego existimo, quia artis velamentum, accedens operæ, est, seu auget pretium operæ, adeoque, quia pretium operæ ex uno latere collatæ, dum altera ex parte fundus colendus aut pecora pascenda conferebantur, hoc ipso pluris fuit, & rerum collatarum utilitati magis respondens, quia non nuda opera, sed artis professione ac pollicitatione munita atque velata, considerabatur per eum, qui pecora pascenda agrumve in commune colendum dabat, quique non fuisset alteri rem suam in communem commissurus utilitatem, si nuda tantum opera qualis qualis fuisset ab eo præstanda, nullumque insignius ex artificio & peritia, operæ conjuncta, sperasset societatis seu lucri augmentum. Atque ita nulla opus est hujus legis emendatione, quam plerique varie tentant, ut videri potest apud Gothofredum *in not. ad l.* 52. §. 2. *ff. h. t.* & Ant. Fabrum *in rational. ad eandem legem.*

13. Petitur insuper hac actione, ut socius indemnis pro rata servetur ratione damni, quod casu fortuito suis in rebus societatis occasione perpessus est, ut ante dictum, *l. cum duobus* 52. *§. quidam* 4. *ff. h. t.* eique refundantur impensæ, quas sociorum unus supra suam partem fecit, sive in rerum communium conservationem erogaverit; (quo casu etiam, si socius alter intra menses quatuor, ex quo ad restitutionem condemnatus est, non reddat, victori jus Romanum permisit rem totam, in quam impensum, pro impensis retinere ac suam facere, si id sibi expedire putet, *l. cum duobus* 52. *§. idem respondit.* 10. *ff. h. t. l. si ut proponis* 4. *C. de ædific. privat.* quod tamen una cum aliis pœnis legalibus, aliquem privantibus jure suo, desuetudinem abiisse, monet Groenewegen ad *d. l.* 4.) sive ultra suam partem societatis intuitu solvere extraneo societatis creditori coactus fuerit, *l.* 1. *§. ult. & ll. seqq. ff. de exercit. act.* arg. *l. omne aes* 27. *ff. h. t.* una cum usuris, quas aut erogavit, nummos impendendos mutuos accipiens, aut ex propria pecunia depensa potuisset redigere, *l. si unus* 67. *§ pen. ff. h. t.* Considerandum enim (ut aliquantulum digrediamur) socium unum quandoque a societatis creditoribus ultra suam posse partem conveniri. Quod ut manifestius appareat, inspiciendum erit, utrum omnes socii communiter & per se societatem pro indiviso exerceant, an vero uni ex suo numero, vel etiam institutori extraneo, demandaverint totam societatis curam ac administrationem; an denique partitis per partes aut regiones operis pro diviso singuli susceperint societatis tractationem. Si per se omnes communiter & pro indiviso societatem exerceant, adversus singulos non nisi pro rata parte, qua socii sunt, actio videtur danda; exemplo eorum, qui sine magistri opera navem per se exercuerunt, quos tantum pro portionibus exercitionis conveniendos esse, quia invicem sui magistri non videntur. Ulpianus tradidit, *l. si tamen* 4. *pr. ff. de exercit. act.* Sin plures socii unum de suo numero, vel extraneum quempiam, societati præfecerint, & ita elegerint in magistrum societatis, (de quo *l. item magistri* 14. *ff. de pactis*, & Sigonius *de antiquo jure civ. Roman. lib.* 2. *c.* 4. *post med.*) magis est, ut is, societatis nomine ac intuitu contrahens, non modo semetipsum in solidum obligatum reddat, juxta *l. si unus* 67. *pr. ff. h. t.* sed & reliquos socios, qui ipsum præfecerunt, in solidum singulos creditori societatis efficiat obnoxios; eo modo, quo & plures navem simul exercentes, si unum de numero suo, vel extraneum navi præposuerint, ex ejus contractibus navigationis intuitu initis in solidum tenentur, *l.* 1. *§. ult. l.* 2. *l. si tamen* 4. *§. sed si plures* 1. *ff. de exercit. act.* aut plures unius tabernæ domini ex institoris conventionibus in solidum singuli possunt conveniri, *l. habebat* 13. *§. ult. l.* 14. *ff. de Inst. act.* Idemque est, si omnes quidem tractarint societatis negotia, sed pro diviso, seu separatim, per partes aut regiones distributa administratione: cum enim tunc singuli in partibus, sibi per reliquos socios demandatis, sibi invicem magistri vel institores esse videantur, consequens est, ex unius, tanquam institoris, contractu reliquos in solidum obligari. Qua ratione, si plures vectigalium

socii partes vectigalium separatim administrent, alter ab altero minus idoneo in se transferri portionem jure desiderat, *l. locatio* 9. §. *socii* 4. *ff. de publicanis*, quod frustra fieret, si non ultra suam partem singuli vectigalium socii ex conductione devincti essent. Nec est, quod cum Ant. Matthæo *de auction. lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 5. existimes, non idcirco, quod singuli in solidum obligentur, sed quod idoneus pro non idoneo conveniri possit, hanc desiderari partis translationem, dum pro partibus quidem obligantur singuli, si uterque socius idoneus sit, sed si alter inidoneus sit, idoneus oneratur. Quamvis enim verum sit, tunc cum delictum perpetratum, cum plus justo per publicanos exactum est, cum multi fraudem fisco fecerunt, singulos quidem pro parte tantum teneri, sed unius inopia gravari ceteros, *l. si multi* 6, *ff. d. publicanis l. aufertur* 46. §. *ult. ff. de jure fisci*, non tamen ab obligatione ex delicto ad eam, quæ ex conventione descendit, argumentatio recte fit, nam & ex delicto magistri exercitores singuli pro ea tantum parte, qua navem exercent, devincti sunt, *l. ult.* §. *si plures* 5. *ff. nautæ caup. stabul. ut recept. restit.* quos tamen ex contractu magistri singulos in solidum obligari certum est, *d. l.* 1. §. *ult. ff. de exercit. act.* Ex usu interim hodierno inter mercatores dicendum forte, etiam tunc, cum plures socii unum ex suo numero vel extraneum velut institorem societati præfecerunt, singulos pro rata tantum parte ex ejus contractu teneri; ad similitudinem exercitorum, in quibus a jure Romano, eos in solidum singulos obligante, hactenus recessum est, ut monui *t. de exercit. act. n.* 5. & *t. de institor. act. n.* 2.

14. Porro (ut & hoc addam) præter primam hanc differentiam inter eos, qui per se communiter ac pro indiviso, quique ex adverso per unum ex suo numero, aut per institorem extraneum, vel partita inter se societatis administratione, sibi invicem institores sunt, insuper & altera est: puta, quod si plures societatem pro indiviso simul exercuerint, jure societatis per socium ære alieno socius non obligetur, nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint, cum neque socium alterum fecerit institorem, neque cum eo contrahi jusserit, ac proinde non ultra ex facto ejus obligetur, quam quatenus inde ad ipsum pervenit, idque secundum jus commune, quo nemo sine sua voluntate ex alieno contractu obligatur, nisi locupletior inde factus sit, arg. *l. quod si servus* 3. §. *sed si sic* 9. *ff. de in rem verso*, ac de hoc casu plurium simul & pro indiviso negotia societatis curantium puto intelligendum esse Papinianum in *l. jure societatis* 82. *ff. h. t.* cum ex adverso reliquis in casibus, quibus vel unus sociorum, vel extraneus, vel socii sibi invicem partitis societatis curis & gestione institores sunt, parum referat ad socios singulos in solidum obligandos, utrum pecunia aut res aliæ societati creditæ sociis reliquis communicatæ, ac ita in arcam communem versæ fuerint, nec ne; sed sufficiat, societatis intuitu pecuniam bona fide creditam fuisse, cum societas tali credito indigeret, si jus Romanum spectet; (ex usu autem hodierno forte, etiam si non ita evidenter ea crediti necessitas appareret, si modo bona fides credentis adsit) arg. *l.* 1. §. *unde quæris* 9. *ff. de exercit. act.* Confer *t. de exercit. act. n.* 6.

15. Sed & tertio illud interest, quod, si plures socii communiter & pro indiviso tractaverint negotia societatis, unus pro sua conventus parte ab extraneo societatis creditore, non possit suam societatis partem cedendo ac pro derelicto habendo ab illa liberari actione; eo quod jam non ex alieno sed proprio contractu quem communiter cum aliis sociis inivit, ad solvendum interpellatur, ac æquum est, præstari in universum eam debiti partem, in quam quis ex propria cœpit conventione cum extraneo societatis creditore celebrata teneri. Contra vero, si sociorum unus conveniatur ex contractu non suo, sed institoris societati præpositi, vel alterius socii, qui velut institor, secundum superius proposita, nomine societatis contraxerat, ex moribus hodiernis ita jus est, ut liberari possit suam societatis partem derelinquendo; idque propter rationes easdem, ob quas usu obtinuit, exercitores liberari ab obligatione ex magistri contractu nata, si partes suas, quas in navi habent, derelinquere parati sint. Jacobus Coren *observ.* 40. *n.* 17. 18. 19. Christinæus *vol.* 1. *decis.* 165. *num.* 10. 11. 12. 13. Junge *t. de exercit. act. n.* 5. Plane socium illum, qui nomine societatis ipse cum societatis creditore contraxit, liberari derelinquendo suam societatis portionem, cum ex proprio contractu conveniatur, iniquum foret, Christinæus *d. vol.* 1. *decis.* 155. *n.* 7. & *seqq.* Sed &, si sociorum unus non societatis sed proprio nomine contraxerit, socios reliquos ne ab initio quidem in solidum, aut ulla ex parte, obligatos reddit, arg., *l. si unus* 97. §. *si unus* 1. *ff. h. t.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 27. *defin.* 1. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 6. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *const.* 17. *defin.* 12. in *pr.* De hac quæstione, an & quo usque socium extraneo obligare possit, vide varie sentientes Hect. Felicium *de societate cap.* 30. Christianæum *vol.* 3. *decis.* 52. *n.* 2. 3. 4. Vinc. Carocium *decis.* 118. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 24. *n.* 8. 9. Ant. Matthæum *de auction. lib.* 2. *cap.* 8. *n.* 5. Carpzovium *defin. for. part.* 2. *const.* 17. *defin.* 12. Brunnemannum *ad l.* 82. *ff. h. t.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 283. ibique plures cit.

16. Uti autem repetit socius hac actione quod supra suam erogarat partem, ita, si quid supra partem suam ex rebus societatis vel ejus occasione consecutus sit, hac actione restituere compellitur. Idemque est, si forte debitor societatis uni sociorum debitum solverit in solidum. Quamvis enim socii singuli ex contractu societatis nomine inito in solidum agere nequeant, sed tantum pro sua parte, adversus eos, qui quid societati debent, nisi sint correi credendi, *l. cum te in Gallia* 9. *C. si cert. pet.* vel inter argentarios societas sit, *l. si unus* 27. *pr. ff. de pactis*, vel is agat, qui solus contraxit & ita actionem sibi quæsivit, ceteris deinde communicandam, arg. *l.* 1. 2. 3. *ff. h. t. d. l.* 9. *Cod. si cert. petatur*, Hect. Felic. *de societate d. cap.* 30. *num.* 39. & *seqq.* Quamvis etiam toties, quoties unus socius in solidum agere nequit, debitor quoque non satis tuto uni socio solidum præstet, Zoezius *ad Pand. h. t. num.* 47. tamen si solidum societatis intuitu sociorum unus sibi oblatum acceptaverit, eum id reliquis sociis communicare velut societatis pecuniam, aut certe societatis occasione quæsitam, æquum est; quod longe magis convenit eorum opinioni, qui de-

bitorem societatis uni solidum solventem liberari arbitrantur, inter quos est Hect. Felic. *de societate d. c.* 30. *num. ult.* Pyrrhus Maurus *de solution. c.* 5. *num.* 2.

17. Illud non satis expeditum est, an & quando socius ob id, quod pecuniam societatis intuitu possessam, ac sociis reliquis restituendam aut communicandam, penes se retinuit, aut suos in usus convertit, ad usuras teneatur? Distinctione opus esse existimo: aut enim pecuniam ipsius societatis per socios collatam, aut lucrum jam communicatum non restituit, aut penes se retinuit vel suos in usus erogavit lucra, quæ per eum societatis quidem intuitu acquisita, sociis tamen reliquis needum communicata fuerant. Si societatis ipsius communem pecuniam, ad usuras omnino obligatus est, sive de ea restituenda interpellatus moram fecerit, sive sine mora ex persona, seu necdum a sociis ceteris interpellatus, in suos usus proprios eam converterit: quippe quod exigit natura judiciorum bonæ fidei, in quibus usuras ex mora deberi certum est, *l. mora fieri* 32. §. *in bonæ* 2. *ff. de usuris*, & aperte respondit Papinianus in *l.* 2. §. 1. *ff. de usuris*, in qua dum usuræ dicuntur omnimodo, etiam mora non interveniente præstandæ, id accipiendum de mora ex persona, quæ per interpellationem induci solet: nam quin potius communem invadens pecuniam, aut suos convertens in usus, re ipsa moram faciat, dubitari nequit, in quantum fur & prædo semper moram facere intelliguntur, *l. in re furtiva* 8. §. 1. *ff. condict. furt. l. merito* 19. *in fine ff. de vi & vi armata*. Neque ratio ulla apparet, cur non idem quod in mandato, negotiorum gestione, ac pignoris distracti pretio placuit, in societate quoque servaretur; in quibus gestorem, procuratorem, creditorem ad usuras teneri, si pecunias domini, aut pignorum venditorum pretia, in suos usus converterit, vel in iis reddendis moram fecerit, docet *l. qui sine usuris* 38. *ff. de negot. gestis*, *l. idemque* 10. §. *si procurator* 3. *ff. mandati*, *l. quamvis* 6. §. 1. *l.* 7. *ff. de pignor. act.* Nec hisce adversatur *l. si unus* 67. §. *si unus* 1. *ff. h. t.* secundum quam, si socius particularis pecuniam communem fœneraverit suo nomine, adeoque suos in usus converterit, usuras inter socios non partitur, sed sibi retinet. Etenim, licet usuras, quas ita exegit, sibi servet, non tamen id impedit, quo minus ipse sociis reliquis usuras ex societatis natura præstet, sive majores, quam ipse consecutus est, sive minores, prout mos regionis induxerit in graviores aut leviores usuras mora damnari, quod & post Accursium notat Ant. Faber in *rational. ad d. l.* 67. §. 1. *ff. h. t.* Neque in jure nostro similes de usuris definitiones desunt. Nam &, si procurator nummos domini, quos domini mandato ac nomine credere tertio debuerat, suo nomine ac periculo crediderit, atque ita usuras consecutus sit, ab Ulpiano (qui Paulo auctori *d. l.* 67. coætaneus) responsum fuit ex Labeonis sententia, *cessare in usuris actionem mandati*, *l. idemque* 10. §. *si mandavero* 8. *ff. mandati*. Cessat scilicet mandati actio quantum ad usuras illas, quas procurator exegerat, cum suo nomine atque periculo pecunias domini fœnori dedisset, quia, cum sortis periculum sustinuerit, oportebat eum sortis istius usuras retinere, ex Pauli ratiocinio in *d. l.* 67. §. 1. *ff. pro socio*. At non ideo ab omni usurarum præstatione procuratorem suo nomine nummos domini credentem immunem esse, sed ad usuras ex mora regionis conveniri posse, idem Ulpianus in eadem *l.* 10. §. *si procurator* 3. *fere in fine*, aperte definit, dum ait, *quod si non exercuit pecuniam* (nempe nomine & periculo domini, ut mox explicabitur) *sed in suos usus convertit, in usuras convenietur, quæ legitimo modo in regionibus frequentantur*. Convertit autem procul dubio nummos dominicos procurator in suos usus quando eos suo nomine atque periculo fœnori dat, atque ita suum gerit negotium, sibique nomen acquirit. Sed nec absimilis plane facti species est, quam idem Ulpianus proponit in *l. si remunerandi* 6. §. *apud Julianum* 6. *ff. mandati*, ubi cum procurator ex domini voluntate nummos domini suo periculo in fœnore posuisset, ea tamen lege, ut nomine istius pecuniæ certas ipse usuras domino penderet, responsum fuit, procuratorem ipsum lucraturum, si pluris potuerit fœnerare. Fatendum quidem, pactum domini de usuris certis sibi per procuratorem præstandis fuisse interpositum: sed & in jure evidens est, ac constitutum ut in bonæ fidei judiciis, quod ad usuras attinet, tantum possit officium arbitri, quantum stipulatio, *l. Lucius Titius* 24. *post med. ff. depositi*, ut proinde nulla inde diversitatis ratio peti possit. Denique etiam in tutore, cui pater permiserat pecunias pupillares in suos usus convertere, si modo unciariam usuram pupilli rationibus inferret, Scævola respondit, defungi posse tutorem præstando id, quod testator voluisset, nec cogendum, ut usuras, quas suo nomine credens stipulatus fuerat, utcunque majores, pupillo restituat, *l. Titium & Mævium* 47. §. *præfectus* 4. *ff. de admin. & peric. tut.* Restat tamen ratione responsionis ad *l.* 67. §. 1. *ff. pro socio*, difficultas in eo, quod Ulpianus scripsit, procuratorem meum, *si pecuniam meam fœnori dederit, usurasque consecutus sit, debere præstare quantumcunque emolumentum sensit, sive ei mandavi sive non*, quia bonæ fidei hoc congruit ne de alieno lucrum sentiat, *d. l. idemque* 10. §. *si procurator* 3. *ff. mandati*. Sed animadvertendum, procuratorem ibi nummos dominicos non suo, sed domini nomine fœnerasse, quo casu æquum erat, ut & emolumentum fœnoris quanticunque domino cederet, sive is mandasset fœnerari nummos, sive non. Nam si mandasset, certo certius periculum nominis ad eum pertinebat; cui consentaneum erat, ei quoque usuras quascunque nominis istius acquiri. Rursus, si mandatum deesset, tamen & tunc periculum nominis ad dominum spectabat, adeoque & usuræ, cum negotiorum gestor non teneatur, si sine mandato pecuniam domini bene collocaverit, & casu fortuito, sine culpa gestoris, is, cui credita, solvendo esse desinat, *l. litis contestata* 37. §. 1. *ff. de negot. gestis* (vide *tit. de reb. creditis num.* 7.). Quod autem procurator in *d. l.* 10. §. 3. domini nomine seu in domini utilitatem nummos fœneraverit, id inde patet quod in verbis demum frequentibus *dictæ legis* 10. §. 3. Ulpianus incipit tractare de eo, qui pecuniam domini in suos usus convertit, (qualis secundum ante dicta & ille est, qui eam suo nomine fœneravit) de quo etiam ait, ipsum teneri ad usuras, *quæ legitimo modo in regionibus frequentantur*, ut jam supra expositum. Hactenus de socio, qui in pecunia communi societatis restituenda moram fecit, aut eam in suos con-

vertit usus. Ex adverso, si socius non ipsis rebus societatis communibus, sed eo, quod ex societate lucrifecit, reddendo moram adhibuerit, vel ante interpellationem a sociis factam in suos usus converterit, ad usuras non tenetur, sed demum, si utrumque concurrat, id est, & in reddendo moram fecerit, & in suos simul usus converterit: quo tamen ipso casu ad usuras, non quasi usuras, sed quod socii intersit moram non fuisse factam, teneri socium moratorem, Pomponius ex Labeonis sententia scribit, *l. socium qui* 60. *ff. h. tit.* ait enim; *socium, qui in eo, quod ex societate lucrifaceret*, NB. reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, *usuras quoque praestare debere*: adeoque ad id, ut usurarum obligatio nascatur, hæc duo junctim exigit, ut in *reddendo moram adhibuerit*, & ea pecunia ipse usus sit: quorum si unum desit, socium ad usuras in illa facti specie non teneri, non modo per argumentum ex verbis illis *a contrario* elici potest, sed & apertissime in verbis sequentibus per oppositionem declaratum est, dum mox subjungitur; *sed si aut usus ea pecunia non fecerit, contra esse:* perinde ac si diceret, si alterutrum ex superioribus deficiat, adeoque socius *aut usus ea pecunia non sit* (licet forte moram fecisset) *aut moram non fecerit*, (licet forte pecunia illa usus esset) *contra esse*, seu socium talem tunc ad usuras non teneri. Rigidius scilicet agendum videbatur cum socio, qui pecuniam societatis non ex asse suam, sed communem, & ita pro parte alienam, in suos usus converterat, aut in ea reddenda moram fecerat, quam si circa suam propriam pecuniam, tametsi alteri debitam, tale quid commisisset; quod posterius est in casu *d. l.* 60. *ff. h. t.* ubi socius lucrifecerat ex societate, & ita sibi soli acquisiverat, non sociis reliquis, quibus tamen jure societatis id tenebatur communicare, & ita commune efficere, juxta *l. si quis societatem* 74. *ff. h. t.* Nec turbare debet, quod emtor, quamvis pretii debiti ex asse domus, in usuras tamen teneatur venditori, si modo moram fecerit, licet in usus suos non erogaverit, sed otiosum forte penes se retinuerit, *l. curabit* 5. *Cod. de act. emti*, *l. Julianus* 13. §. *veniunt*, 20. *ff. de act. emt.* Quod enim illic ita placuerit, ejus hæc ratio est, quod emtorem omnes emtæ rei fructus omnisque utilitas statim ab emtione perfecta sequitur, quia venditor emtori statim ad rem tradendam obligatus est; ut proinde æquum fuerit, usuras vicissim per eum præstari, ne alioquin idem & fructus rei & pretii utilitatem sentiat, *d. l.* 13. §. 20. 21. *d. l.* 5. cum ex adverso socius, qui lucrifecit, non ita certo reliquos socios sibi vicissim devinctos habeat in vicem eorum, quæ iis ipse debet: unde & difficilius onere usurarum, vel ejus quod interest, gravandus fuit. Confer Ant. Fabrum *in rational. ad d. l.* 60. *ff. h. t.* Atque hinc etiam *post mortem socii nulla talis æstimatio ex facto heredis facienda est, quia morte socii dirimitur societas*, ut habent verba *d. l.* 60. *in fine principii ff. h. t.* hoc est, heres socii ne quidem ad usuras velut interesse damnandus est ex proprio facto, seu ex eo, quod post mortem socii, dum ex antegesto pendentia ad finem perducit, aliquid lucratus est, & lucrum illud non communicavit, sed moram fecit, simulque suos in usus convertit; quia morte socii extincta est societas, nec heres socii socius est. Et licet verum sit, heredem socii ex bono & æquo obstrictum esse ad communicanda lucra illa, quæ ex antegesto pendentia suo facto percepit, quia vicissim emolumenti quoque per reliquos quæsiti successor est; tamen hoc totum non ex jure societatis fluit, quippe quæ morte extincta fuit, sed tantum ex bono & æquo fit. Secus quam obtineret, si socius ipse adhuc vivus in lucris communicandis moram fecisset, & simul ea in suos usus convertisset, atque ita cœpisset ad usuras, quasi ad interesse, devinctus esse, tunc enim obligatio ex facto defuncti nata, etiam adversus heredem socii continuanda esset, utpote ex jure societatis adhuc durantis initium habens. Quod autem in *d. l.* 60. usuræ non quasi usuræ, sed tanquam id quod interest, dicuntur præstandæ; ejus hanc puto rationem esse, quod usuræ proprie debeantur, ubi principaliter res fungibiles debitæ sunt; at in casu *d. l.* 60. socius ad factum magis, quam ad rem devinctus fuit, ad lucrum illud, quod perceperat, in arcam quasi communem inferendum, & sociis reliquis communicandum, dum illud ipso jure commune non sit, *d. l. si quis societatem* 74. *ff. h. t.* Hæc de legis perdifficilis sensu ac ratione dixisse suffecerit, aliam ab usuris demum a tempore Labeonis in bonæ fidei judiciis ex officio judicis cœptis deberi petitam rationem eruditam communicavit Clariss. Collega D. Noodt; quæ propediem typis vulganda, plenius ab eo adstructa videri poterit; neque enim inventa aliena pro meis orbi literato propinare, animus aut consuetudo fert.

18. Denique & ad id hæc actio pro socio competit, ut socius patiatur, socium alterum uti re communi ad eos fines, ad quos illa ab initio comparata fuit sociorum voluntate, *l. cum duobus* 62. §. *item Mela* 13. *ff. h. t.* ac vice versa ab iis abstineat circa rem communem agendis, quæ nova sunt ac primæ repugnant sociorum destinationi, arg. *l. si fundus* 39. *ff. h. t. l. Sabinus* 28. *ff. communi divid.* adde *d. t. communi divid. numer.* 7. etiamsi forte id tunc uni ex sociis minus expediret; eo quod semper in societate non id, quod privatim interest unius ex sociis, sed quod societatis expedit, servari solet, *l. actione* 65. §. *Labeo autem* 5. *ff. h. t.* Et generaliter, ut sociorum quisque præstet ea, quæ nominatim in se recepit: quo pertinet *l. cum societas* 69. *ff. h. t.* cujus hæc species facti videtur: quod inter plures nundinarum tempore contracta societate convenerit, ut unus eorum reliquis simul operam impensuris epulas præberet suis sumtibus; qui cum legi seu conditioni isti de epulis suo sumtu præstandis non pareret, quæritur, quæ ob id actio competat; ac respondetur, actionem pro socio dandam, scilicet sociis reliquis, ut ab epularum solutione ipsi immunes habeantur ab eo, qui epularum præstationem suo sumtu se præbiturum promiserat: dandam & ex vendito actionem, nempe epularum venditori, qui epulas ex istius socii voluntate secundum conventionem societati appositam paraverat, & ita socii istius fidem secutus erat. Quam explicationem a verbis aut mente Jurisconsulti longius recedere, tunc credam, cum id non affirmari simpliciter, sed probari videro; ait enim Ulpianus, *cum societas ad emendum coiretur, & conveniret, ut unus reliquis nundinas, id est epulas præstaret, eosque a negotio dimitteret, si eas eis non solverit, & pro socio, & ex vendito cum eo agendum est.* Nundinas pro epulis nundinalibus dici, ipse Jurisconsultus monet; ut id probatione ulteriore non indigeat. Convenerat

vero, ut ille unus epulas praestaret, *eosque a negotio dimitteret*, puta, ab illo negotio epularum, adeoque efficeret, ut reliqui liberi & immunes essent ab obligatione solvendi pro rata istas epulas, quam communiter absumturi essent: ita enim *dimittere*, est etiam alium ab obligatione dimittere & liberare, eoque sensu ambitiosa dicuntur ac rescindenda decurionum decreta, quibus largiti sunt, aut *aliquem debitorem dimiserunt*, secundum eundem Ulpianum in *l. ambitiosa* 4. *ff. de decretis ab ordin. fac.* Cum ergo socius ille unus reliquos ab illo epularum negotio non dimisisset immunes, adeoque epulas quidem praestitisset, sed *eas eis non solvisset* secundum pactionem, qua solus onus illud epularum solvendarum subire obstrictus erat, recte a Jurisconsulto generaliter definitum est, *& pro socio & ex vendito cum eo agendum esse*, non per eundem, sed diversos, per socios quidem *actione pro socio*, per venditorem epularum *actione ex vendito*, ut jam dictum est. Alii aliter. Confer Ant. Dadinum Alteserram ad *d. l.* 69. *post tract. de fictionibus Juris*, Cujacium *lib.* 4. *observat.* 17. Ant. Fabrum *conject. lib.* 5. *cap.* 4. Wissenbachium *ad Pand. vol.* 1. *disput.* 33.

19. Salarium seu honorarium quod attinet, licet rarior ejus in societate, quam quidem in mandato, usus sit, dum partes lucri singulis obvenientes sufficiens operae pretium sunt; nihil tamen impedit, quo minus uni socio, negotia societatis forte potissimum aut unice tractanti ac promoventi, cum ad illam operam supra ceteros praestandam ex conventione non teneretur, vel ab initio salarium aliquod assignetur, aliis ob viri boni arbitratum adjudicetur, idque ex vel postea potius magistratus cognitione, quam ordinaria pro socio actione intentata, argumento eorum quae de salario in mandato interveniente dicta sunt. Quod & moribus hodiernis conveniens esse, patet extraordinaria responso Jurisconsultor. & mercatorum inter Resp. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 252.

20. Sciendum autem, singularia quaedam in hac actione pro socio recepta esse: etenim primo quidem socius, hoc condemnatus judicio, competentiae beneficio munitus est: non modo in universali sed & in particulari societate, secundum Ulpianum in *l. verum est* 63. *pr. ff. h. t.* Qui non videtur sibi contrarius, cum in *l. sunt qui* 16. *ff. de re judic.* inter eos, qui in id quod facere possunt conveniuntur, enumerans & *socios*, subjungit, *socium autem omnium bonorum accipiendum est.* Nam ut sileam, non deesse qui totam istam periodum non Ulpiani, sed imperiti interpretis esse putant, propter Latinitatis corruptionem, dum scribendum fuisset, *socius accipiendus est*, Ant. Faber *in rational. ad d. l.* 63. *ff. h. t.* dici etiam potest, dissensum fuisse de particulari socio inter Sabinum aliosque, Ulpianum autem in *d. l.* 16. tantum brevem recensentem catalogum eorum, quibus competentiae beneficium indultum erat, proposuisse societatem universalem, de qua nullum dubium erat; de particulari vero in *d. l.* 63. post discussionem pleniorem probasse Sabini sententiam; unde propterea supplendum, quod *d. l.* 16. deest. Caret tamen hoc beneficio, si se socium esse per mendacium negaverit, *l. si unus* 67. *§. ult. ff. h. t.* vel dolo fecerit, quo minus solidum praestare possit, sua erogando, non item, occasionem acquirendi omittendo, *l. verum est* 63. §. *hoc quoque* 7. *l. nemo* 68. §. *illud quaeritur* 1. *ff. h. t.* nec competit heredibus socii aut fidejussoribus, aut patri vel domino, in cujus patria vel dominica potestate socius est, si hi consenserint in societatem, *d. l. verum est* 63. §. 1. 2. *ff. h. t. l. exceptiones, quae* 7. *ff. de exception.* imo jure hodierno sociis omnibus, in universum hoc beneficium denegari, vult Groenewegen ad §. 38. *Inst. de action.* aliique ibidem allegati: licet pro hoc beneficio adhuc a pluribus Hollandiae Jurisconsultis responsum sit, Resp. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 70.

21. Illud quoque singulare est, quod, si pluribus ex sociis unus egerit contra socium ex societate obligatum, & damni reparationem pro sua parte in totum obtinuerit, deinde reliqui, pro sua quoque parte agentes, solidum consequi ob socii conventi inopiam non possint, is, qui solidum acquisivit, pro rata reliquis communicare teneatur, quod vigilando sibi servaverat; quasi iniquum sit, ex eadem societate alium plus, alium minus consequi, *l. verum est* 63. §. *cum tres* 5. *ff. h. t.* contra communem regulam, qua jura vigilantibus dicuntur scripta, meliorque occupantis conditio inter eos, quibus eadem ex causa debetur, *l. pen. in fine quae in fraud. cred. facta sunt, ut rest. l. inter eos* 19. *pr. ff. de re judic.* Sed & vice versa, si sociorum unus quid supra suam partem impenderit, & quidam ex reliquis sociis solvendo non sint; idoneos reliquos gravabit id, quod ab aliis ob inopiam eorum servari non potest: quia, cum societas contrahitur, tam lucri quam damni communio initur; in damno autem societatis intuitu superveniente & illud est, quod depensum non possit a quibusdam pro rata servari, *l. si unus* 67. *pr. h. t.*

22. Denique & illud, si non singulare, saltem observatu dignum est, si unus ex sociis foro cesserit, cum jam ultra suam partem, quae ei jure societatis competebat, quacunque ratione consecutus esset, in reliquis rebus hac creditis societatis potiorem fore causam sociorum reliquorum, quam creditorum aliorum istius socii foro cedentis. Cum enim unusquisque non ultra socius sit, aut jus in rebus societatis habeat, nec amplius quicquam jure societatis percipere possit, quam quatenus in societatem contulit, collatumque reliquit, seu necdum recepit; neque reliqui socii pati teneantur, ut is, qui jam multa ex societate percepta sibi retinuit, quicquam ulterius sibi deducat, nisi postquam & ipsi tantundem ex rebus aut creditis societatis pro rata perceperint; consequens est, tunc, cum foro cedens plus quam suam partem consecutus est, nullam amplius ei partem ex rebus aut creditis societatis deberi, sed quicquid in societate reliquum invenitur, reliquorum sociorum proprium esse, ac inter eos solos oportere pro rata dividi portione. Quod autem socius ipse foro cedens percipere non potuit, id nec creditores ejus bona ipsius possidentes exigere aut sibi arrogare posse, rationis est: quippe jus omne suum metientes ex capite socii foro cedentis, eumque repraesentantes. Hector Felicius *de societate c.* 31. *n.* 24. 25. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 6. ibique plures comprobationes.

23. Finitur societas morte unius socii, non tantum respectu mortui ipsius, sed & inter reliquos socios superstites, eo quod fieri non raro solet, ut uno pereunte utilis esse desinat, vel saltem longe minus proficiat reliquorum industria aut rerum collatio, arg. §. *illud non* 10. *Inst. de leg. Aquil. l. adeo morte* 59.

in fine pr. ff. h. t. nisi in privata societate id ab initio vel postea convenerit, ut inter reliquos superstites maneat societas, §. *solvitur* 5. *Inst. h. t. l. actione* 65. §. *morte* 9. *ff. h. t.* aut societas sit vectigalium, quippe in qua tria singularia videntur jure Romano constituta, comprehensa in *d. l.* 59. & *l. verum est* 63. §. *in heredem* 8. *ff. h. t.* quorum primum est, quod morte unius socii inter reliquos superstites non dissolvatur ipso jure societas; secundum, quod in publica societate etiam ab initio conveniri possit, ut heres socii succedat in societatem, & ita pars defuncti ad personam heredis adscribatur, ut heredi quoque conferri oporteat; cui conventioni vivis sociis omnibus initæ omnino deinceps uno moriente socio standum est, nisi is mortuus sit, propter cujus operas maxime societas coita est, aut sine quo societas administrari non potest. Et hanc puto sententiam esse *legis adeo morte* 59. *ff. h. t.* ut verba posteriora conveniant primis; quibus cum esset proposita regula, *adeo morte socii solvi societatem, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres succedat societati*, exceptio mox subjungitur, cum dicitur, *hoc ita in privatis societatibus*; *in societate vectigalium nihilominus manet societas &c.* Regula autem hæc duo continebat: primo, *morte socii solvi societatem*; secundo, *ab initio non posse pactum iniri, ut heres socii succedat societati.* Cum ergo regula ista duplex tantum obtineret in *privatis societatibus*, in *societate vectigalium* diversum statueretur; duo quoque singularia in exceptione a regula, duo continente, admitti necesse fuit, quorum unum erat quod *in societate vectigalium nihilominus maneat societas & post mortem alicujus*, ut habet *d. l.* 59. alterum, quod & heres socii in societatem succedat, eique tanquam socio conferri oporteat, si modo id ab initio inter socios actum sit; quod significatur in verbis mox sequentibus, *d. l.* 59. *sed ita demum, si pars defuncti ad heredem ejus adscripta sit, ut heredi quoque conferri oporteat*, perinde, ac si dixisset, *post mortem quidem socii alicujus manet nihilominus vectigalium societas*; verum non ideo etiam in heredem socii transmittitur, *sed ita demum* continuatur cum herede socii, *sic ut heredi quoque* tanquam socii *conferri oporteat, si pars defuncti ad heredem ejus adscripta sit*; id est, si in societate ineunda id actum sit, ut pars socii alicujus defuncti heredi ejus tanquam socio adscripta habeatur. Quod enim verba illa de *parte defuncti, ad heredem ejus adscripta*, non de adscriptione post mortem unius socii facta, sed de ea, quæ vivis omnibus sociis ab initio intercessit, intelligenda sint, aperte ex eo colligitur, quod Jurisconsultus talem adscriptionem partis defuncti ad heredem non semper probat, nec omni casu efficacem esse vult; *sed ipsum ex causa æstimandum esse: quid enim si is mortuus sit, propter cujus operam societas maxime coita sit? aut sine quo societas administrari non possit?* ineptum sane esset, per socios superstites post mortem socii illius, sine quo societas administrari non posset, partem defuncti in heredem ejus, nihil societati tali profuturum, transcribi. Atque ita satis recte conveniet Pomponius, auctor *d. l.* 59. cum Ulpiano, qui in *l. verum est* 63. §. *in heredem* 8. *ff. h. t.* primo quidem proponit similitudinem inter privatam societatem, & eam quæ vectigalium est, quod scilicet in utraque heres socii socius non sit; cum ait, *in heredem quoque socii pro socio actio competit, quamvis heres socius non sit. Licet enim socius non sit, attamen emolumenti successor est. Et circa societates vectigalium cæterorumque idem observamus, ut heres socius non sit.* Sed & deinceps post illam societatis utriusque comparationem subnectit differentiam, cum dicit, circa societates vectigalium ceterorumque idem observari, ut heres socii socius non sit, *nisi fuerit adscitus:* non post mortem socii; sic enim non esset singularitas aut exceptio; cum & in privata societate heres ejus jam notus, post mortem socii adsciscі possit, ut quasi nova societas intelligatur, *l. plane si hi* 37. *ff. h. t.* arg. §. *pen. in fine Inst. h. t.* sed statim ab initio, dum id ex privilegio singulari inter publicanos socios actum est, ut heres socii succedat in societatem, adeoque *pars defuncti* statim ab initio, aut saltem vivis omnibus vectigalis sociis, *ad personam heredis ejus adscripta fuit*, ut habet *d. l.* 59, *ff. h. t.* Neque mirandum adeo, istam in societate vestigalium conventionem admissam fuisse; cum utique heres socii, etsi adscitus non fuerit, particeps tamen vectigalium maneat ex jure conductionis, ut mox explicabitur. Confer varias circa hanc quæstionem opiniones apud Ant. Fabrum *in rational. ad d. l.* 59. *ff. h. t.* Cujacium *lib.* 1. *observat.* 26. Ant. Matthæum *de auction. lib.* 2. *cap.* 8. *n.* 6. 7. 8. In privatis societatibus hujusmodi pactionem, ut heres socii succedat in societatem, reprobatam esse, in aperto est, quia in societate persona eligitur, sive propter industriam atque peritiam, sive propter integritatem, candorem, facilitatem & bonam fidem, dum forte nil præter rem confert ad societatem; qualis industria, peritia, candor, bona fides, facilitas ac virtutes aliæ ad heredes non transeunt, quos sæpe imperitos, sæpe negligentiores, morosos, rixosos, dolosos, & potissime fidei esse, experientia testatur, *l. nemo potest* 35. *l. adeo mores* 59. *ff. h. t.* Quemadmodum & socius testamento imperare potest heredi suo, ut in societate perduret, si socii reliqui eum assumere parati sint, arg. *l. si qui ita ff. de condit. inst.* Respond. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 3. *consil.* 332. *rectius* 232. *num.* 7. *pag.* 667. Adde *t. famil. ercisc. num.* 32. Heredem tamen post mortem socii de novo assumi, nihil vetat, secundum jam tradita *d. l. plane si hi* 37. *ff. h. t.* Et, si maxime adscitus non fuerit, tamen emolumenti successor est, tum ejus, quod viro socio quæsitum fuit, tum ejus, quod post socii obitum supervenit, si modo ex ante gesto pendeat, id est, si causa istius acquisitionis mortem socii antecesserit; idemque in damno jus est, *l. actione* 61. §. *morte* 9. *ff. h. t.* Plane, si quid lucri aut damni acciderit societati post mortem unius socii, ex negotio novo, seu nova causa, quæ mortem socii insecuta est, ad heredem socii in privata societate non pertinet, sed tantum in publica vectigalium id peculiariter receptum, in qua non ea solum quæ ex ante gesto pendet, sed omnia durante societate obvenientia lucra ac damna heredi socii, etiam non adscito, prosunt aut nocent; notante illam differentiam tertiam satis evidenter Ulpiano in *d. l. verum est* 63. §. *in heredem* 8. *ff. h. t.* Cum enim dixisset, circa societates vectigalium cæterorumque idem servari, quod in societate privata, ut nempe heres socius non sit, ac mox subdidisset de illa vectigalium societate exceptionem, *nisi fuerit adscitus* continuato sermone istam de societate vectigalium prosequens assertionem, ait, *verumtamen* (id est, licet

adscitus non sit) *omne emolumentum societatis ad eum pertinet, simili modo & damnum agnoscit, quod contingit, sive adhuc vivo socio vectigalis, sive postea* (id est, cujus causa sive vivo sive mortuo socio existit) *quod non similiter in voluntaria societate observatur;* quæ *voluntaria* societas est *privata* societas, cum opponatur vectigalium societati, quæ non ita voluntaria est, quippe continuanda præcise in tempus illud, ad quod usque vectigalium conductio facta fuit, nec resolvenda sociorum arbitrio ac voluntate, uti quidem societas privata. Estque ratio singularitatis in vectigalium societate in eo, ut opinor, posita, quod in omnem eventum heres socii publicani succedat in conductionem vectigalium ad heredes transitoriam, & suam possit exercere partem in vectigalium exactione, adeoque, licet non socius, attamen particeps sit lucri & damni ex ea conductione provenientis. Quia vero heres socii in societate privata in lucra & damna, quæ ex ante gesto pendent succedit, hinc etiam est, quod ea, quæ per defunctum inchoata sunt, per heredem explicari debeant, in quibus & dolus per eum præstandus est, & culpa levis, *l. heres socii* 40. junct. *l. actione* 65. §. *morte* 9. *ff. b. t.* seu culpa talis, qualem & defunctus socius præstare debuit, *l. & acti* 36. junct. *l.* 35. *ff. b. t.* Nec huic obest, quod heres tutoris in perficiendis illis, quæ in tutorem inchoata erant, non nisi ex dolo inveniatur obligatus, *l.* 1. *ff. de fidejussor. & nominat. & hered. tut.* Etenim diversitatis illa ratio est, quod socii heres ex implemento inchoatorum a defuncto lucrum quoque sperat, ut proinde æquum sit ex generali juris regula eum de levi culpa teneri, tanquam in negotio in quo utriusque utilitas vertitur: heres vero tutoris neque tutor est, neque ex perficiendis emolumentum sentit, ut proinde nec muneris intuitu nec lucri sperati contemplatione ex culpa levi videretur condemnandus. Quod si, integris omnibus unus ex sociis ignorans mortem socii negotia communia bona fide gesserit, lucrum & damnum ex bona fide gestis commune erit: non item, si sciverit, *l. actione* 66. §. *item si alicujus* 10. *ff. b. t.*

24. Quamvis autem socius ita se nequeat societati subducere, ut alium suo loco substituat, futurum deinceps socium, & a reliquis volentibus, nolentibus, admittendum; quia socios sua nequit efficere voluntate, ut is mihi socius sit, quem ego socium esse nolui, cum societas consensu contrahatur, *l. qui admittitur*, 19. *ff. b. t.* usque adeo ut ex eadem ratione ne pater quidem adrogator per adrogationem, modum acquirendi dominii universalem, socius fiat, & in filii adrogati societatem subintret, *d. l. actione* 65. §. *societas* 11. *ff. b. t.* renunciatione tamen per unum facta, licet invitis ceteris, societatem dissolvi placuit; *l. societatem* 4. §. 1. *ff. b. t.* §. *manet autem* 4. *Inst. b. t.* sive expresse, sive rebus ipsis & factis renuncietur, veluti separatim negotiando, actionem pro socio intentando ea mente, ut a societate discedatur, ut supra dictum; *l. verum est* 63. §. *ult. l.* 64. *l.* 65. *ff. b. t.* Si modo renunciatio neque fraudulenter neque intempestive facta sit. Nam si callide quis in hoc renunciaverit societati, obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renunciaverit societati, ut hereditatem solus lucrifecerit, cogitur hoc lucrum communicare, si ea lucrosa sit, sin damnosa, damnum ad solum eum pertinet, qui renunciavit. Si quid vero aliud lucrifaciat, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Ei vero, cui renunciatum est, quicquid omnino post renunciatam societatem acquiritur, soli conceditur, §. *manet.* 4. *Inst. b. t. l. actione* 65. §. *diximus* 3. *ff. b. t.* Simili modo, si societatem inierimus ad aliquam rem emendam, deinde renunciaveris societati, ut solus tibi emeres, teneberis mihi quanti mea interest: quod non obtineret, si ideo renunciaveris, quia tibi displicebat emtio; eo quod hic nulla fraus est, *d. l. actione* 65. §. *item si societate* 4. *ff. b. t.* Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 21. *n.* 41. Quod si ad certum tempus societas coita sit, eam ante tempus renunciando socium a se, non se a socio liberat, ideoque si quid compendii postea factum fuerit ab altero socio, ejus partem renuncians haud fert; at si dispendium, æque præstabit portionem; nisi renunciatio ex necessitate quadam, veluti imminente diuturniore absentia reipublicæ gratia, aut alia justa ex causa facta fuerit; neque enim tenebitur pro socio, qui ideo renunciavit, quia conditio quædam, qua societas erat coita, ei non præstatur; aut quia socius adeo rixosus, injuriosus, ac damnosus est, ut non expediat eum pati; vel quia ea re frui non licet, propter quam negotiatio suscepta est, *d. l. actione* 65. §. *item qui* 6. junct. *l. si convenerit* 14. *& seqq. ff. b. t.* aut quia socius ad egestatem delabitur, *l. societatem coire* 4. §. 1. *ff. b. t.* arg. *l. ubi adhuc* 29. *C. de jure dotium. Hector* Felicius *de societate cap.* 34. *n.* 24. Dummodo sciamus, non videri societatem ad certum tempus initam fuisse, si id tantum convenerit, ne intra certum tempus communis res dividatur, *d. l.* 14. *ff. b. t.* Ceterum societatibus ad certum tempus initis accensenda quoque vectigalium societas, cum ipsa vectigalium conductio certo temporis spatio circumscripta sit; cui consequens est, ut intempestiva dicatur hujus societatis publicæ vectigalium renunciatio, quamdiu ipsum conditionis tempus elapsum non est, Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 8. *n.* 8.

25. Modum renunciandi quod attinet, non ipse tantum socius, sed & curator ejus renunciare potest, si socius ipse furere cœperit, *l. ult. C. b. t.* uti & procurator socii, sive ad id speciale mandatum habeat, sive generale cum libera, quoties ei dominus non specialiter prohibitur renunciare, *d. l. actione* 65. §. *renunciare* 7. *ff. b. t.* Nec tantum socio, sed etiam procuratori ejus recte renunciatur; si modo socius istam renunciationem suo procuratori velit ratam habere, quod totum ab ipsius arbitrio pendet, ac in potestate ejus est, *d. l.* 65. §. *item scriptum* 8. *ff. b. t.* Nec præsenti tantum, verum & absenti per epistolam aut nuncium renunciari potest, ut ita unumquodque eo dissolvatur modo, quo colligatum est. Si tamen absenti renunciata societas sit, placuit, quoad is sciverit, cui renunciatum est, in commune redigi quod is acquisivit, qui renunciavit; detrimentum autem solius ejus esse, qui renunciavit. Sed quod absens acquisivit, ad eum solum pertinere; detrimentum ab eo factum commune esse, *l. sed & socius* 17. §. 1. *ff. b. t.* An autem renunciatio privatim facta sufficiat, an vero publice denunciandum sit, non æque expeditum est. Sociorum quidem ipsorum intuitu privata sufficere videri potest, ad id, ut in poste-

rem sua quisque lucra ac damna ferat. Diversum forte dixeris, si de iis, qui cum socio nomine societatis contraxerunt, & ita socios reliquos ex conventione unius vel in solidum vel pro parte solent sibi obligatos habere, quæstio sit; quippe qui vel proscriptione vel saltem denunciatione certiorandi videntur, finem societati factum esse, ne ignorantes decipiantur, contrahentes cum uno ex sociis nomine societatis, atque ita sequentes fidem societatis, quæ jam dissoluta est, arg. *l. sed si pupillus* 11. §. 2. *& seqq. ff. de institor. act.* Justam sane ignorantiam eorum, qui non muniti cum quondam socio post dissolutam societatem contraxerunt, ac crediderunt consueto more in usum societatis, ipsis damnosam esse, æquum non est, arg. §. *item si* 10. *Inst. de mandato*, *l. actione* 65. §. *item si alicujus* 10. *ff. h. t. l. cuicumque* 5. §. *idem Labeo* 9. *ff. de Inst. act.* qui si ex adverso eam scivissent dissolutam, de se queri & sibi imputare deberent, licet non solemniter admoniti essent; cum certiorari non debuerit, qui non ignoravit, arg. *l.* 1. *in fine ff. de act. emti.* Confer Gomezium *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 5. *num.* 6. *fere in pr.* Joh. Papon *lib.* 15. *t.* 2. *in append. arrest.* 7. Treutlerum *vol.* 1. *disp.* 27. *thes.* 11.

26. Finito quoque negotio societatem dissolvi uti & publicatione bonorum ac cessione, constat ex §. *item si alicujus* 6. 7. 8. *Inst. h. t.* si modo bonis cedens, aut publicationem bonorum patiens, rem contulerit; non vero si opera; quippe quæ non minus post, quam ante cessionem aut publicationem, præstari possunt: ut proinde eo casu non deficiat materia societatis, atque ita etiam cesset ratio, cur finiretur. Quamvis negari non possit, quin velut ob supervenientem egestatem, secundum ante dicta, socius alter renunciare societati possit, ubi credit, eam sibi non expedire. Quemadmodum vice versa etiam societas, publicatione vel cessione peremta, redintegrari potest nova voluntate, ut forte operas conferat, qui ante publicationem fecerat rerum collationem, d. §. 8. *Inst. h. t.* Quod si servus post coitam societatem alienatus, in ea perseveraverit, nova societas cum novo domino contracta intelligitur, *l. si id, quod* 58. §. *ult. ff. h. t.* aliter quam in eo servatur, qui ex patrefamilias fit filiusfamilias aut vice versa; utpote quia capitis diminutione non perimitur societatis jus, *d. l. si id quod* 58. §. *si filiusfamilias* 2. *l. actione* 65. §. *societas* 11. *ff. h. t.*

27. Finita societate, res sociorum communes pro rata, qua collatæ, redeunt ad socios, seu, quisque quod contulit, pro rata deducit: excepta universali totorum bonorum societate, in qua viriles singulis partes cedunt, si non aliud actum sit. Quod si unus operam, alter pecuniam contulerit, servandum quod convenit; si nihil convenerit, rem conferens eadem prius deducit, si opera collata tam levis sit, ut videatur cum usuris pecuniæ speratis compensanda. Sed si appareat, tanti operam valere, quanti valet ipsa ab altero latere collata sors, vix est, ut ei, qui rem contulit, concedendum fuerit eandem præcipere, ne manifesta inde inter socios inæqualitas oriatur. Quod latius docet Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 54. post Hug. Grotium *de jure belli ac pacis lib.* 2. *num.* 24. Confer Hect. Felicium *de societ. cap.* 9. *num.* 54. *& seqq. & cap.* 16.

28. Quamvis autem socius in dubio non præsumatur in re communi habuisse furandi propositum, si tamen cum contrectatione concurrens furti faciendi affectus probari queat, non tantum hoc societatis judicio, sed & furti actione pœnali socius conveniri potest, nec altera instituta alteram tollit: cum altera rei tantum, altera mera pœnæ persecutio contineatur, *l. rei communis* 45. *l. merito* 51. *ff. h. t.* Cui contrarium non est Javoleni responsum in *l. si is, cui* 71. *ff. de furtis*, cum ibi per *actionem furti* intelligenda sit condictio furtiva, quæ, cum rei persecutoria concurrens efficit, ut una prius intentata alteram tollat, arg. *l.* 1. *Cod. de condict. furtiva.* Quomodo etiam actio furti pro condictione furtiva accipitur in *l. & ita* 3. §. *ult. ff. nautæ caup. stabul. ut recepta restit.*

LIBER OCTAVUSDECIMUS.

TITULUS I.

De Contrahenda Emtione, & de Pactis inter Emtorem & Venditorem compositis, & quæ res venire non possunt.

SUMMARIA.

1. *Emtione quid significetur in latissimo, minus lato, & stricto sensu? Quid sit imaginaria venditio? an valere possit tanquam donatio?*
2. *Quid operetur promissio de re justo pretio vendenda, vel si quis promiserit Titio*, se rem nulli alii quam Titio venditurum?
3. *Nemo invitus cogitur rem suam vendere, licet eam jam publice proscripserit. Recensentur casus excepti. Emtio consensu perficitur; nec scriptura opus. Quid juris, si id actum, ut in scriptis fiat venditio?*
4. *Obest consensui ebrietas, qua occasione de venditionibus in popina celebratis in Rhenolandia, alibique.*
5. *Error facit emtionem nullam, si in toto corpore, vel in tota substantia, vel in qualitate, quam res habet a jure, vel in tota materia erratum sit.*
6. *Qualis error non faciat venditionem nullam, sed tantum pretium diminui? & an tunc emtori præstandum sit id quod interest?*
7. *Error in quantitate nunquam facit emtionem nullam. An ob errorem talem pretium augendum vel minuendum sit? quando fundus* ad quantitatem, *quando* ad corpus *censeatur venditus?*
8. *Qui emere possint? an alius pro alio, quem nominaturus est? an venditor teneatur sequi fidem*

nominati? intra quantum temporis spatium nominatio moribus nostris facienda sit?

9. *An, & quo modo tutor emere possit rem pupilli? Quid juris in procuratoribus, testamenti executoribus, aliena negotia gerentibus, Ecclesiarum œconomis?*

10. *An milites & magistratus eorumque ministri emere potuerint in ea provincia, in qua militant, aut cui præsunt? An hodie judex, qui venditionem publicam decrevit, aut graphiarius, aut apparitor, aut præco, & alii auctionis ministri?*

11. *An quis possit domum emere ad destruendum? An Monasteria aut Ecclesiæ moribus nostris emere possint immobilia? An nobiles negotiari? An moribus domatim merces per peregrinos vendi? An pœnæ loco interdici negotiatio possit, vel invito imponi?*

12. *Emere prohibitus nec per interpositam personam id potest.*

13. *Quales res vendi possint? An & fructus nascituri? frumentum in herba? & quid si nihil nascitur? quid si venditor fructus nascituros vendens, promiserit, se præstiturum* si quid vi aut tempestate factum esset? *An alea spes emi? spes emta videtur, si emtum jus deducendi metalla ex fodinis.*

14. *Res aliena vendi potest, socius suam tantum partem in re communi: fiscus tamen rem totam.*

15. *An vendi res sacræ & similes? An hodie, & quo modo, prabenda & canonicatus? An res per testatorem vel legem vel pactum alienari vetita; & cur aliud jus sit in alienatione per pactum prohibita, quam si testamento vel lege prohibitio facta sit?*

16. *Quid juris, si res furtiva sint emta, aut pecora a militibus aut prædonibus abacta, aut materia ædium per hostes aut milites dejectarum?*

17. *De purpura a privatis non vendenda, servis Christianis Judæo non distrahendis, & de fundis Principis patrimonialibus.*

18. *De Romana gentis eunuchis, venenis malis, libris improbatæ lectionis, de cote, armis, vino, ferro, frumento, ad hostes aut Barbaros non transvehendis. An tempore belli impediatur jure, ne populi neutri parti studentes, merces ullas ad hostes devehant? ubi & de pactis plurium populorum hac de re. An si ex conventione res licita cum illicitis ad hostes ferantur, licita aut navis una cum illicitis capta publicentur?*

19. *Quibus ex causis justum sit etiam alta pace prohiberi mercium impetrationem aut exportationem?*

20. *Prohibitio importationis aut exportationis mercium strictam recepit interpretationem, quod exemplis docetur.*

21. *Quid juris, si ante contractum emptionis res emta in totum aut pro parte perierit, ignorante vel sciente alterutro vel utroque.*

22. *Pretium merci respondere debet; & in pecunia consistere. Quid si pretium sit constitutum animo non exigendi? quid si postea remittatur? quid si aliud in solutum detur? quid si partim res, partim pecunia detur?*

23. *Pretium debet esse certum. An instrumento vel testibus probetur plene emtio, si non sit declarata quantitas pretii? An pretium conferri possit in arbitrium tertii, vel unius contrahentium? quid juris, si tertius nolit vel non possit arbitrari, vel iniquum arbitretur?*

24. *Quando perfecta sit venditio? quid si res ad gustum sit vendita, vel sub conditione, vel ad pondus, numerum aut mensuram?*

25. *Emtioni accedere possunt arrha; explicatur materia arrharum.*

26. *Recensentur pacta quædam præcipua, quæ possunt vel non possunt adjici emtioni. De pacto,* si res emtori placuerit, *intra quantum tempus voluntas declaranda sit? an ad hæredem transeat facultas declarandi voluntatem? De pacto,* ut equi venales experiundi dentur, &c. ut res venalis apud emtorem relinquatur, quo possit peritioribus ostendi; *& cujus periculo tunc res venales sint apud emptorem constitutæ, vel jussu ejus ad venditorem relatæ, & interversæ? De pacto, ne ad præteritas pensitationes emtor teneatur.*

27. *Facta dubia quo modo recipiant interpretationem? an contra emptorem, an vero contra venditorem?*

28. *Recensentur pacta varia dubia, quæ ab ipsis legibus receperunt interpretationem.*

1. Emtionis verbo lex duodecim tabularum omnem alienationem complexa videtur, adeo ut & legatum eo contineatur, teste Pomponio & Marciano in *l. statuliberi* 29. §. 1. *post med. ff. de statuliberis, l. sicut re* 8. §. *venditionis* 11. *ff. quib. mod. pign. vel hyp. solvitur.* Ravardus *l.* 4. *variorum cap.* 12. Strictius acceptum, locationem comprehendit, in quantum veteres emtionem dixerunt & eam, quæ proprie locatio erat, uti *pretium* pro *mercede*; quod latius docet Cujacius *lib.* 9. *observ.* 15. Gothofredus *in not. ad l.* 20. *ff. de act. emti.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 2. *num.* 6. Hic vero, prout a locatione distinguitur, est contractus bonæ fidei consensu constans, quo id agitur, ut merx certo pretio permutetur. Cujus tria sunt requisita substantialia, consensus, merx, & pretium; quorum unum si desit, emtio non est. Et quamvis imaginariæ venditiones, quæ uno intetveniente nummo peragebantur, atque adeo sine pretio (dum nummus unus vulgo pretium non est, sed pretio aut mercedi opponitur, *l. si quis ante* 10. §. *ult. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. si quis conduxerit* 46. *ff. locati, l. imaginaria* 16. *ff. de reg. juris,*) non modo apud antiquissimos Romanos in emancipatione liberorum, testamento per æs & libram, nuptiis coemtione factis, adhibitæ fuerint, sed & jure civili recentiore usum subinde insignem præstiterint, veluti in restituenda dote, cum ususfructus in dotem datus esset, *l. si ususfructus* 66. *ff. de jur. dot.* nec reprobatæ fuerint, si quis eas celebrare voluerit, quoties neque legibus publicis, neque tertio per hujusmodi imaginarias venditiones fraus sit; sciendum tamen, eas non tam venditionis, quam potius donationis effectum sortiri, *l. si donationis* 3. *C. h. t.* sic ut usucapio ex hisce non *pro emtore*, sed magis *pro donato* procedat, *l. ult. ff. pro donato*, neque subsistant inter eos, inter quos jura donationes prohibuerunt, *l. si quis donationis* 38. *ff. h. t.* Et ex hisce explicandum puto, quod a Paulo scriptum est, *nudam & imaginariam venditionem pro non facta esse, & ideo nec alienationem*

ejus rei intelligi, *l. nuda* 55. *ff. h. t.* scilicet pro *non facta* est, in quantum valere nequit tanquam venditio, quia, deficiente pretio, *emtio in sui deficit substantia*, secundum *d. l.* 3. *C. h. t.* & *vendere non videtur*, qui in venditione pretium rei ponit, donationis causa non exacturus, *l. cum in venditione* 36. *ff. h. t.* ac ideo etiam *alienatio ejus rei non intelligitur*, ut habet *d. l.* 55. *ff. h. t.* puta, ex illo titulo venditionis; sed quod dominium non transibat ex venditione, ex donatione tamen, quæ imaginariæ inest venditioni, transferebatur mediante traditione, *d. l.* 3. *C. h. t.* uti usucapiebatur, si res aliena sic traderetur, *de l. ult. ff. pro donato.*

2. Distat autem ab hoc venditionis contractu promissio de re justo pretio vendenda: cum enim necdum de pretio certo convenerit, deficit etiamnum emtionis substantia, magisque emtio inchoata aut præparata, quam perfecta est. Vide Berlichium *decis.* 142. Nec dubitem, quin is, qui ita justo pretio se emturum aut venditurum promisit, recedere impune ab ea conventione possit, dum alter cariore pretio vendendi, alter viliore emendi votum habet, atque ita inter eos post contentionem & disceptationem de justi pretii quantitate consensus in certum pretium tandem haud sequitur, *arg. pr. Instit. h. t.* junct. *l. si voluntate* 8. *in med. C. de rescind. vendit.* Si tamen ad hujusmodi pactionem de re vendenda sine ulteriori tractatu de pretio, alter rem tradiderit, alter certam numeraverit pecuniæ quantitatem, venditionis contractus intercessisse intelligitur, consensu non verbis sed rebus ipsis & factis in mercem ac pretium abunde declarato. Uti enim non minus *re*, quam *verbis* societatem coiri non placuit, *l. societatem* 4. *ff. pro socio*, ita ratio non est, cur non idem in emtione probetur. Fachineus *controv. lib* 2. *cap.* 5. Quod si quis promiserit, se *nulli alii*, *quam mihi* rem certam venditurum, nullo quidem modo ex illa conventione ad rem vendendam constringi potest, sive jus Romanum, sive mores hodiernos spectet; sed si deinceps eam alteri distraxerit, actio mihi competit ad id quod interest, pacto paritum non esse, si modo secundum jus civile pactum tale emtioni alteri anteriori vel alteri simili bonæ fidei negotio in continenti adjectum fuerit, *l. si sterilis* 21. §. *sed & si* 5. *ff. de act. emt.* hodie vero, etiamsi nudum fuerit, nulli alteri contractui appositum, cum tunc ex nudo pacto actio producatur. Plane, si post talem conventionem interpositam promissor rem vendere velit, suffecerit, quod ei, cui id promisit, denunciet suum vendendi propositum; qui si intra menses duos rem non emat, nullam in posterum actionem habet ob id, quod illa deinceps tertio distracta sit, *l. qui Romæ* 122. §. *cohæredes* 3. *ff. de verb. obligat.* & argumento eorum, quæ de emphyteuta post duos menses, ex quo denunciationem domino directo jus protimeseos habenti fecit, emphyteusin extraneo distrahente traduntur in *l. ult. C. de jure emphyteut.* facit *l. quod si nolit.* 31. §. *si quid ita* 22. *ff. de ædilit. edicto.* Guido Pap. *decis.* 569. *n.* 2. 3. Tiraquellus *de retract. gentilit.* §. 1. *gloss.* 9. *n.* 114.

3. Ante omnia secundum generalem omnium contractuum naturam consensus ad emtionem requiritur, neque quisquam invitus ad emendum vel vendendum compelli potest, *l. invitum* 11. *C. h. t.* etiamsi forte res suas, tanquam venales, jam proscripsisset, & auctionis publicæ dixisset diem, Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 27. 28. Nisi aliud suadeat favor sepulturæ, *l. si quis sepulchrum* 12. *pr. ff. de religionis*, aut libertatis, §. *ult. Instit. de donation. l. duobus* 30. *ff. de liberali causa*, aut publicæ utilitatis in casibus *l. si locus* 14. §. 1. *ff. quemadm. servit. amitt. l. venditor* 13. §. 1. *ff. commun. præd. tam urb. quam rust. l.* 1. 2. & *tot. tit. C. ut nemini liceat in coemtione specierum se excusare*, ibique Perezius, vel malitia domini re sua contra publicam utilitatem abutentis, §. *ult. Instit. de his qui sui vel alieni juris sunt*, vel individuæ rei fiat adjudicatio, *l. Julianus* 13. §. *idem Celsus* 17. *ff. de act. emti*, *l. communi* 7. §. *si debitor* 13. *ff. communi divid.* vel creditori aut fidejussori, qui pignus emit, oblatio fiat soluti per posteriores creditores aut debitorem, de quo latius *tit. qui pot. in pignore*, *l. fidejussor*, 2. *l. cum secundus* 5. *l.* 6. *ff. de distract. pignor.* Consensu determinato ad mercem & pretium interposito, nihil ultra ad emtionis perfectionem desideratur, adeoque neque verba, neque traditio, neque scriptura, *tit. Inst. de obl. ex cons.* nisi nominatim ab initio inter contracturos id actum fuerit, ut in scriptis venditio celebretur; quo casu non aliter perfectam esse venditionem placuit, quam si & instrumenta emtionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus vero subscripta, &, si per tabelliones fiant, completiones acceperint, & fuerint partibus absoluta: donec enim aliquid deest ex his, & pœnitentiæ locus est, & potest emtor vel venditor ab emtione sine pœna alia, quam amissione arrharum datarum, aut duplicata acceptarum restitutione secedere, *pr. Inst. h. t. l. contractus* 17. *C. de fide instrument.* Grotius *monuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 57. 58. 57. & *seqq.* Neostadius *de pactis antenupt. observ.* 19. *post med.* Ant. Faber. *C. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 23. Fachineus *controvers. lib.* 2. *cap.* 97. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 278. (*vel* 286. *pag.* 517.)

4. Obest consensui metus & dolus, de quibus actum *lib.* 4. *tit.* 2. & 3. obest gravis, quæque hominem bruto similem ac rationis expertem reddit ebrietas. Quæ dum in tabernis & popinis præsertim dominatur, hinc Rhenolandiæ consuetudine obtinuit, ratas non esse venditiones ruri in tabernis potatoriis celebratas, nisi horarum viginti quatuor lapsu confirmatæ fuerint, data medio tempore utrimque pœnitendi licentia sub arrharum & symboli amissione: non enim a serio & deliberato contrahendi consilio, sed magis a nimia oris liberalitate, nimiove vini impetu atque calore profectæ creduntur istiusmodi conventiones, ut æquum non fuerit, protinus iis quemquam obstringi, nisi perseverantia mentis apparuisset, arg. §. 1. *Instit. de militari testamento*, *l. quicquid in calore* 48. *ff. de reg. juris*, *l. perspiciendum* 11. §. *delinquitur* 2. *ff. de pœnis.* Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 7. 8. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 19. *num.* 5. Quod & in Flandria jus esse, tradit Burgundus *ad consuet. Flandriæ in prologo num.* 5. & Kennemariæ oppidis, aliisque nonnullis Hollandiæ borealis locis, datum fuisse, docet Leeuwen *de loco.*

5. Obest & error, *l. si per errorem* 15. *ff. de jurisdict. l. nihil consensui* 116. §. *ult. ff. de reg. juris*, qui quandoque emtionem nullam facit, quandoque non. Ipso jure nulla ob erroris interventum venditio est, si erratum sit in toto corpore, *l. in venditionibus* 9. *ff. h. t.* Vel in substantia, dum pro vino venditum est acetum quod nunquam vinum fuit, vel pro puero puella, *d. l.* 9. §. *inde queritur* 2. *l. alioquin* 11. §. 1. *ff. h. t.* Vel in qualitate, quam res habet a jure, dum sacra, sancta, religiosa, & similia distracta sunt, §. *ult. Inst. h. t.* licet scienter emens talem rem ab ignorante teneatur ad pretium, arg. *l. domum* 57. §. *simili* 2. *ff. h. t.* & ignoranter emens a sciente petat actione ex emto id quod interest; sic ut hactenus emtio, quæ nulla est, intercessisse intelligatur, ac prosit ad agendum, *l. & liberali* 4. *l. qui officii* 62. §. 1. *ff. h. t. d.* §. *ult. inst. h. t.* uti nullum est pignus alienæ rei, & tamen inde pignoratitia ad id quod interest a lege datur, *l. si rem* 9. *ff. de pignor. act.* Nulla insuper emtio est, si in pretio erratum sit, quoties nulla apparet summa concurrens, in quam emtor venditorque consentiat, *d. l.* 9. *ff. h. t.* alioquin, si tu vendas aureis quinque, ego aureis decem eam emtam putem, valitura esset venditio, non in decem, sed in quinque; quia venditori in quinque consentienti nulla fit injuria, & liberationi magis favendum, quam obligationi, ac in ambiguis id, quod minimum est, eligendum venit, arg. *l. si decem* 52. *ff. locati*, junct. *l. semper in obscuris* 9. *ff. de reg. juris*. Nullam denique facit venditionem error in tota materia, si forte æs pro auro distractum sit, *d. l.* 9. §. 2. *l. quid tamen* 14. *ff. h. t.* Nec huic contrarium est, quod Marcianus scribit, eum, qui vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, teneri, ut aurum, quod vendidit, præstet, *l. Labeo* 45. *in fine ff. h. t.* cum tamen aurichalcum quondam fuerit separata metalli species, nihil cum auro commune habens, ut docet Pancirollus *memorabilium lib.* 1. *de rebus deperditis c.* 8. Nam cum idem auctor, & ad eum Salmuthus in notis, probent, jam Plinii tempore metallum istud dudum desiisse reperiri, vix est, ut Marcianum de ejus venditione egisse credamus: quin potius de auro & ære simul mixto, ut vox *aurichalci* parte priore Latina, posteriore Greca, a Χαλκὸς, satis demonstrat, cujus generis aurichalcum, id est, æs auro mixtum, Marciani tempore procul dubio repertum fuit, non modo in ære Corinthico, de quo idem Pancirollus *d. lib.* 1. *cap.* 34. sed & alias frequenter, dum aurum æri semel mixtum nulla potuit tunc temporis arte separari, *l. idem Pomponius* 5. §. 1. *ff. de rei vindicat.* uti quidem argentum ab ære, *l. lacus* 12. §. 1. *ff. de acquir. rer. domin.* Quamvis & ex auro ac argento mixta species de cetero peculiare *electri* nomen sortita sit; ut pluribus videri potest apud Ræverdum *lib.* 1. *varior. cap.* 19. ac notabile, quod aurichalcum & electrum auro opponuntur in *l.* 1. *si quis in* 4. *ff. de legatis* 1. quasi hæc utraque mixta species ex auro & ære vel auro & argento non debeat auri legati appellatione venire. Quibus consequens est, in *d. l.* 45. non in tota materia, sed tantum in parte ejus erratum fuisse, ac proinde venditionem non fuisse nullam, quia auri aliquid habuit aurichalcum, quod pro auro distractum erat, arg. *d. l.* 14. *ff. h. t.* Non etiam adversatur, quod pignus valeat, ubi æs pro auro obligatum fuit; qui tamen contractus æque, ac emtio, bonæ fidei negotiis accensitus est, ac consensum æque requirit, *l.* 1. §. *ult. ff. de pignorat. act.* Considerandum enim, initio inspecto non subsistere æris pro auro pignori dati obligationem, idque ob defectum ordinati consensus; sed magis errore dolove dantis comperto convalescere, dum creditor ratum nihilominus habet æris pignus, satius ducens, æri saltem incumbere, quam nullam habere in re securitatem: eo fere modo, quo & emtio, cui dolus causam dedit, etsi ab initio nulla sit, rata tamen haberi potest per eum, qui dolo ad contrahendum inductus fuerat, si sibi eam non obstante dolo profuturam opinetur. Quod autem Paulus tradidit, sustinere stipulationem, qua quis id, quod aurum putabat, cum æs esset, stipulatus fuit, *l. si id quod* 22. *ff. de verbor. oblig.* ejus illa ratio est, quod stipulatio stricti juris sit, ac propterea qualiscunque sufficiat in corpus ipsum consensus ad validitatem ejus; atque insuper stipulanti, qui vicissim haud obligatur, præstet aliquid quam nihil recipere.

6. Ex contrario subsistit venditio, non obstante errore, si error tantum sit in qualitate rei venditæ accidentali; quæ tamen casu vel actioni quanti minoris, vel ex emto ad pretii diminutionem locus est; veluti si ancilla ut virgo distracta fuerit, cum jam mulier esset, *l. alioquin* 11. §. 2. *ff. h. t.* vel acetum pro vino, quoties vinum fuit sed acuit, *l. in venditionibus* 9. §. 2. *ff. h. t.* Idemque est, si in parte materiæ erratum sit, dum aurum forte divenditum, quod emtor optimum existimabat, cum esset deterius, *l. utiliter* 10. *ff. h. t.* vel secundum ante dicta æs aliamve materiam viliorem haberet admixtam, vel velut aureum distractum fuisset, quod tantum inauratum erat, *l. quid tamen* 14. *ff. h. t.* (adde tamen Grotium *manud. ad jurisp. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 6.). Cui non contradicit Julianus, cum ait, *nullam esse emtionem, si mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens*, *l. cum ab eo* 41. §. *mensam* 1. *ff. h. t.* Non enim illic in parte materiæ, sed magis in tota materia erratum fuerat, cum mensa tantum argento cooperta esset, nulla sui parte argentea: quo modo etiam Papinianus distinxit inter *mensas argenteas*, & *argento inclusas*, *l. legata* 9. §. *supellectilis* 1. *ff. de supell. legata.* Nec his in casibus præstandum emtori amplius id quod interest seu damnum, quod ex eo contigit, si modo venditor justam habuerit errandi causam, *l. Labeo lib.* 45. *ff. h. t. l. Julianus* 13. *pr. ff. de act. emti*; nam si sciverit vel supina aut affectata in venditore ignorantia appareat, magis est, ut nihilominus ad id quod interest damnari debeat, *d. ll.* veluti si vitæ ejus & artis ac instituti sit, ut ignorare non debuerit istam rei a se venditæ qualitatem; quo de casu accipienda videtur *l. si sterilis* 21. §. *quamvis* 2. *ff. de act. emti.* Eo modo, quo & in locatione, ratione ejus quod interest inter locatorem, rei vitium scientem, & ignorantem, distinctio adhibetur, veluti in pascuis elocatis, in quibus herba mala nascebatur; & tamen tenetur ad id quod interest, qui dolia vitiosa ignorans locavit, si vinum effluxerit, non alia, ut opinor, de causa, quam quia doliorum locator, tanquam artifex, non debuerat istius vitii doliorum ignarus esse, *l. sed addes* 19. §. *si quis dolia* 1. *ff. locati.*

7. Si in quantitate erratum fuerit, valet quidem venditio, nec ullo in casu ipso jure nulla est; sed an

pretium pro rata quantitatis majoris minorisve, quam adesse credebatur, repertæ augendum vel minuendum sit, nec ne, distinctione terminandum est. Nam si, verbi gratia, fundus ad quantitatem distractus sit, augendum vel minuendum esset pro rata pretium, prout amplior angustiorve inventus fuerit agri modus, quam contractu expressus est, *l. qui fundum* 40. §. *qui agrum* 2. *ff. h. t. l.* 2. *pr. l. si servum* 4. §. 1. *ff. de act. emti*, *l. qui libertatis* 69. §. *ult. ff. de eviction.* Idemque est, si quantitas quidem, quæ designata est, inveniatur, sed non talis naturæ vel bonitatis, qualis expressa fuit; ut decem jugera in pratis, decem in vineis dicantur esse, & duodecim in pratis, octo tantum in vineis deprehendantur: minuendum namque tunc foret pretium pro bonitate, quæ abest, si modo non minima, sed notabiliter quædam qualitatis aut bonitatis portio desit, *d. l.* 4. §. 1. *l. si duorum* 42. *ff. de action. emti.* Quin imo, si Paulo fides, tenebatur olim venditor in duplum quantitatis ejus, in qua mentitus erat, Paulus *recept. sent. lib.* 2. *t.* 17. §. 4. videtur autem eo casu, quo ad quantitatem res vendita est, ita jus esse, ut, si quidem minor inveniatur mensura, quam expressa est, arbitrio venditoris permitti debeat, an pretium pro rata remittere aut refundere, an mensuram, quæ deest, supplere malit: sin major deprehendatur, emtoris electio sit, an pretium augere pro rata velit, an magis id, quod amplius est, venditori relinquere, ne alioquin invitus emere compellatur. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 80. Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 18. *in fine.* Pinellus ad *l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 3. *cap.* 2. *num.* 18. Quod si ex adverso non ad quantitatem, sed ad corpus res fuerit divendita, inventus major minorve rei modus nequaquam minuet augebitve pretium, nisi concurrat insuper dolus venditoris consulto mentientis, *l. Julianus* 13. §. *si Titius fundum* 14. *ff. de act. empti.* arg. *l. qui fundum tradiderat* 45. *ff. de eviction.* Ceterum non ad quantitatem, sed magis ad corpus facta intelligitur venditio, si nulla prorsus sit facta quantitatis mentio, veluti si quis simpliciter *fundum Cornelianum* vendat, vel *fundum Cornelianum qualis est*, vel *talem qualem ipse hactenus possedit*, vel *qualem colonus nunc habet, tenet, colit.* Vel si quantitatis quidem sit facta declaratio, sed adjecta protestatione, dum quis, verbi gratia, vendit *fundum centum jugerum aut quanto plus minusve continebit; seu ut tamen isti nolit adstringi quantitati.* Vel denique quantitatis quidem sit facta mentio, veluti, *vendito fundo centum jugerum*, sed simul etiam monstrati fuerint fines fundi, arg. *d. l.* 45. *ff. de eviction.* Ut tamen in casibus duobus posterioribus, si notabilis admodum sit diversitas quantitatis expressæ, & re ipsa inventæ, sic ut in finium monstratione videatur erratum pretium, adhuc pro rata augendum vel minuendum foret, aut emtor traditione quantitatis expressæ teneretur ex bono & æquo contentus esse. Groenewegen ad *d. l.* 45. *ff. de eviction.* & ad hunc forte casum reducenda ac restringenda, quæ occurrunt apud Hug. Grotium *manud. d. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 80. & Neostadium *Curiæ Holl. decis.* 18. *circa fin.* majoris scilicet minorisve modi inventi, quam dictus erat, rationem habendam, si jugeri unius quantitatem excedat: quandoque scriptum est apud Jac. Coren *observat.* 19 *lit.* g. & Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap* 19. *n.* 19. ex locorum quorundam consuetudine suppleri minuive oportere pretium, si minor majorve quantitas inventa superet centum, vel quinquaginta decempedarum mensuram, *so't verschil ontrent de quantiteyt is moncerede bovenkat of bond vel boven bond of half.* Contra, ad quantitatem facta censeri debet fundi distractio, quoties vel *decem jugera fundi Corneliani* venduntur, vel simpliciter *fundus Cornelianus*, sed pretio in *singula istius fundi jugera* constituto, Jacob Coren. *d. observ.* 19. *in fine, in nota subjuncta.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 263. Confer de errore in quantitate Pinellum ad *l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 3. *cap.* 2. *n.* 3. & *seqq.* Jac. Coren *d. observ.* 19. Neostadium *d. decis.* 18. Gomezium *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 2. *num.* 16. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 207. & 263. & *part.* 2. *consil.* 313. Groenewegen *ad Grotium d. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 80. & *ad d. l.* 45. *ff. de eviction.* Brunnemanum ad *l. ult. ff. de peric. & commod. rei vend.*

8. Emere possunt quilibet non prohibiti, quisque pro se, nemo pro alio, nisi procurator sit, *l. Julianus* 13. §. *si procurator* 25. *ff. de act. emti.* alioquin neque sibi, neque ei, pro quo sine mandato emit, actionem acquirit; sed dominus fiet is, cui ex his duobus rem venditor tradiderit, *l. multum interest* 6. *in fine C. si quis alteri vel sibi.* Quamvis insertum venditionis instrumento nomen alienum non impediat, quo minus actionem habeat, cui se non alieno, sed suo nomine, emisse probat, *l. mancipia* 3. 4. 5. 6. *C. si quis alter. vel sibi sub alterius nomine.* Si quis pro se & Titii mandato fundum emerit, nihil Titio, sed ubi totum fundum acquirit, *l. fundum ille* 64. *ff. h. t.* Sed &, si quis rem emat pro eo, quem postea nominaturus est, quasi alter in præsenti nolit tanquam emtor innotescere, aut nomen suum instrumento inscribi non patiatur, juxta *l. pupillus* 5. §. *sane ff. de auctor. tut.* quod & moribus frequens est; ipse, qui emit, obligatur ut emtor, nec liberatur nominatione facta, nisi venditor sponte sua velit nominatum ut emtorem agnoscere, eoque contentus esse; neque enim venditor credendus est alterius incerti & ignoti, sæpe etiam minus idonei, fidem secutus esse, sed potius istius hominis certi, quocum contraxit, cujusque novit vel saltem novisse debuit conditionem, arg. *l. qui cum alio* 19. *ff. de reg. juris*, ac fieri facile posset, ut qui nominaturo vendidit, nominato non fuisset venditurus, Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 34. *defin.* 1. & *t.* 42. *defin.* 28. *in fine*, Joh. Papon *lib.* 18. *t.* 6. *arrest.* 13. Estque nominatio hæc vel electio, pro quo emtum dicitur, intra certum tempus statutis aut usu probatum facienda, ne alias nova magis venditio videatur. Quadraginta dies habet Ant. Faber *d. lib.* 4. *t.* 34. 1.2. in Hollandia propter quadragesimam pretii fisco pendendam ex edictis. Ordinum anterioribus sex septimanarum spatium erat; at ex edicto anni 1625. solummodo triduum; quippe quo elapso, velut ex repetita venditione rursus quadragesima alia fisco inferenda foret, vol. 1. *placit. pag.* 1596. *art.* 9. idque plenius stabilitum edicto de vigesima & quadragesima 23. *Julii* 1664. *art.* 9. *vol.* 2. *placit. pag.* 3171.

9. Tutorem quod attinet, is palam in actione publica emere potest rem pupilli, *l. cum ipse* 5. *C. h. t.* uti & a contutore, si bona fide geratur negotium, *l. pupillus obligari* 5. §. *item ipse* 2. *ff. de auctorit. tut.*

non vero clam, nec per interpositam personam, nec mala fide; quibus tamen in casibus, si suæ ætatis factus pupillus comprobaverit emtionem, contractus valeret, *d. l.* 5. §. 2. 3. 4. *ff. de auctor. tut.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 1. Groenevvegen ad *d. l.* 5. *C. h. t.* Neque obstat *l. tutor rerum* 56. *ff. de administr. & peric. tutor.* Eo enim ipso, quo tutor rerum pupilli venditionem bona fide fecerat, &, emtoribus pretium non solventibus, res apud se retinuerat, pretiumque pupilli rationibus accepto tulerat, eas non a pupillo, sed ab ipsis emtoribus in pretii solutionem deficientibus emisse videtur. Quæ vero de tutoribus cauta, ea quoque in curatoribus, procuratoribus, testamentorum executoribus aliisque similibus, qui aliena gerunt negotia, probanda sunt, *l. si in emtione* 34. §. *ult. ff. h. t.* Et quamvis œconomis jure Romano in universum interdicta videatur emtio rerum ad istam Ecclesiam pertinentium, *auth. quibuscunque C. de sacrosanct. Eccl.* moribus tamen nostris idem, quod in tutoribus, servari monet Groenevvegen ad *d. l.* 5. *C. h. t. in fine.*

10. Militibus prædia comparare in ea provincia, in qua militant, exceptis paternis a fisco distractis, interdictum fuit, *l. milites prohibentur* 9. *ff. de re militari.* Magistratibus quoque & eorum domesticis ac ministris per se vel interpositam personam, sive palam sive clam, in ea provincia, cui præsunt, emere permissum non est; eo quod emtio per hos facta, non tam a libera provincialium voluntate profecta, quam metu potentiæ & auctoritatis extorta crederetur, & magis ereptio, quam emptio esse; constituta in eos, qui contra fecerint, pœna quadrupli & amissionis rei emtæ, si ex officio emerint, id est, si emerint, dum ipsi suo fungentes officio eam vendiderunt aut vendi jusserunt, atque ita ipsi emtores simul ac venditores essent, *l. non licet* 46. *ff. h. t.* Et quamvis in urbanis magistratibus ac administratoribus ita jus fuerit, ut impetrato speciali rescripto Principis ad rerum emtionem accedere potuerint, *l. un. pr. C. de contractibus judicum,* in provincialibus tamen contra statutum, non valere factam per eos emtionem, etsi Princeps permisisset, *d. l. unic.* §. 2. & 3. Qua lege eatenus mutatum fuit, quod generalius de consensu Principis Marcianus adnotaverat in *d. l.* 46. *in fine ff. h. t.* Quod si magistratus aliique similes extra officii limites quid comparassent ibi, ubi officium gerunt aut administrationem, in pœnam ejus privantur pretio, quod fisco cedit, re venditori restituta, *l. aufertur* 46. §. *quod a præside* 2. *ff. de jure fisci.* Nisi venditor a præside apertum metum passus fuisset & impressionem; tunc enim pretium non fisco cedere debebat, sed ipsi venditori metum passo, *l. pen. C. de his, quæ vi metusve causa,* idque jure singulari, cum alioquin in actione quod metus causa is, qui rem recuperat, vicissim pretio carere debeat. Cujacius *lib.* 16. *obs.* 13. Excipiuntur tamen & hic prædia paterna, uti & res ad victum & amictum pertinentes, ad quarum emptionem placuit magistratus mitti posse, *d. l. unic. C. de contract. judicum, l. qui officii* 62. *pr. ff. h. t. l. solent* 6. §. *ult. ff. de offic. procons. & legati,* arg. *d. l.* 9. *ff. de re militari.* Confer Revardum *lib.* 2. *varior. cap.* 20. Jacobum Gothofredum *ad l.* 5. *C. Theodos. de iis, quæ administrantibus distracta sunt.* Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 2. *& seqq.* ubi ulterius ex usu hodierno exponit, an judex, qui venditionem publicam decrevit, an graphiarius, an apparitor distrahens, an præco aliique auctioni publicæ ministrantes, ad licitationem accedere possint, & licitando vincere.

11. Nullus quoque emere potest domum eum in finem, ut destruat, constituta dupli fisco inferendi pœna; ita tamen, ut venditor emtori, duplum fisco solventi, reddere teneatur pretium acceptum, *l. senatus censuit* 52. *ff. h. t.* quo fit, ut effectu inspecto emtor & venditor simplo singuli mulctentur, *l. ult. ff. de damno infecto.* Ant. Faber *in rational. ad d. l.* 52. Vetitum quoque moribus hodiernis, ne monasteria vel Ecclesiæ emant, aliove titulo acquirant immobilia, sive allodialia, sive feudalia, *Edict. Caroli V.* 19. *Octob.* 1520. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 396. Nobiles atque potentiores quod attinet, emere quidem potuerunt usus sui gratia, quin & mercaturam liberaliorem exercere sine dignitatis læsione, cum id nuspiam iis interdictum sit; sed minutim merces vendere non potuerunt, seu *ultimi negotiatores* esse, ut habet *l. ne quis* 6. *C. de dignitat.* quippe quo inter plebejos ementes ac mercatores minutim vendentes difficilius redderetur emendi vendendique commercium, dum per potentiores illos plebeji opprimerentur; adeoque ad istud minutim negotiandi genus restringenda dispositio *legis* 3. *C. de commerciis & mercatoribus,* arg. *d. l.* 6. *C. de dignitat. l. si cohortalis* 12. *C. de cohortalibus principibus.* Adde Groenewegen *ad d. l.* 3. Sciendum denique nonnunquam propter publicam utilitatem interdictum esse negotiationi; qua ratione prohibitum ab Hollandiæ Ordinibus, ne quis navigio, aut vehiculo, vel alio modo, per urbes ac pagos vagetur, & domatim merces venales offerat; quia id genus mercaturæ non modo probatis obest mercatorum collegiis, sed & fraudationi vectigalium occasionem præbet, ac vulgo *Ventjagerye* appellatur, *Placit. Ordin. Holl.* 16. *Martii* 1679. *vol.* 3. *placit. pag.* 806. & 30. *Martii* 1679. & 6. *Aprilis* 1680. *d. vol.* 3. *pag.* 802. Sed & infrequens non fuit etiam per sententiam judicis interdici negotiationi per modum pœnæ, *l. moris est* 9. *sunt autem* 9. & 10. *ff. de pœnis, l.* 1. §. *pen. ff. de offic. præfecti urbi,* uti ex opposito damnatio quoque ad id aliquando facta fuit, ut quis cogeretur negotiari, *d. l.* 9. §. *interdici* 10. *ff. de pœnis.*

12. Quisquis autem per se emere prohibetur, etiam per interpositam personam emtionis effectum obtinere nequit, quippe quo ipso fraus legi prohibenti sit, *l. unic. Cod. de contract. judicum, l. non licet* 46. *ff. h. t. l. pupillus obligari* 5. §. *sed si* 3. *ff. de auctor. tut.* Gothofredus *in notis ad l.* 46. *ff. h. tit.* Ant. Matthæus *de auct. lib.* 1. *cap.* 10. *n.* 13.

13. Circa res generalem regulam tradit Jurisconsultus in *l. si emtionem* 34. §. 1. *ff. h. t.* omnium scilicet rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditionem recte fieri; quas vero natura, vel gentium jus vel mores civitatis commercio exuerunt, earum venditionem nullam esse. Nec interest, utrum illæ res, quæ commerciis hominum exemtæ non sunt, præsentes, an futuræ sint, veluti annui reditus, sive in numerata pecunia, (quæ tunc ut corpus seu merx consideratur) sive in fructibus annuatim præstandis consistant, *novell.* 160. *cap.* 1. *novell.* 72. *c. si vero habeat* 7. *in med.* Adhæc fructus nascituri, frumenta quæ adhuc in herbis sunt, *l. nec*

emtio 8. *l. fistulas* 78. §. *ult. ff. h. t.* idque vel simpliciter, vel etiam pacto addito, venditorem præstiturum, *si quid vi aut tempestate factum esset*; quali conventione tantum insolitæ & immoderatæ tempestates comprehensæ videntur, non illæ, quæ *secundum consuetudinem tempestatis*, id est, secundum tempus anni, quo contingunt, oriri ac nocere solent, *d. l. fistulas* 78. §. *ult. ff. h. t.* junct. *l. ex conducto* 15. §. *si vis* 2. *l. si merces* 25. §. *vis major.* 6. *ff. locati.* Et quamvis in Frisia frumenti in viridi stantis venditio interdicta sit, teste Sande *decis. Frisic.* 3. *tit.* 4. *defin.* 7. ac varia olim eam in rem prohibitoria edicta ab Hollandiæ Comitibus promulgata fuerint, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 61. illa tamen usu dein abolita fuisse, atque adeo jus Romanum servari hac in parte tum in Hollandia, tum Ultrajecti, docet Groenewegen ad *d. l.* 78. §. *ult. ff. h. t.* Parens. p. mem. Paulus Voet. *ad pr. Instit. de contrah. emt. nu.* 7. Quod si simpliciter venditis anni sequentis fructibus nati fuerint, nec emtio substituta est: contra, si incertum fructuum nasciturorum, atque adeo spes emta esset; nam & spem, aleam, jactum retis emi posse placuit, ut spes fungatur vice rei, *l. nec emtio* 8. §. 1. *ff. h. t. l. si jactum* 12. *ff. de act. emti*, arg. *l. nam hoc modo* 11. *ff. de hered. vel act. vendita.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 42. *defin.* 26. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 37. *defin.* 25. Ad qualem spei emtionem etiam merito retuleris redemtionem metalli fodinarum, dum Princeps jus metallorum ex fodinis educendorum pretio interveniente concessit, sive multum supra expectationem, sive præter expectationem parum aut nihil educatur, Ant. Matthæus *de auct. lib.* 2. *c.* 4. *n.* 9. 10. 11.

14. Parum insuper refert, propriæ res sint an alienæ, *l. rem alienam* 28. *ff. h. t.* arg. *l. si eis, qui pro* 15. §. *ult. ff. de usucap.* in quantum venditor obligatur ad rem illam aliunde redimendam ac præstandam, ni malit in id quod interest damnari, si sciens vendiderit alienam, *l. servus* 30. §. *si sciens* 1. *ff. de act. emti.* Nam si bona fide sit, nihil præter vacuam possessionem præstare tenetur; nec ad id quod interest aliter obstrictus est, quam si res evicta fuerit, *l.* 1. *ff. de rerum permutatione.* Quod autem alibi dicitur satis illicita rei alienæ venditio, *l.* 1. *C. de commun. rerum alienat.*, & non jure facta, *l. mater tua* 3. *C. de rei vindic.* id ad venditionem non consensu perfectam, sed traditione consummatam spectat, dum nullo jure venditor rem alienam a se distractam sciens emtori tradit, antequam dominium rei nactus esset, ut ex ipsis legibus abunde patet. Unde & liberum est vero domino rem vindicare, quamdiu illa necdum per usucapionem emtori jure dominii quæsita est, *d. l.* 28. *ff. h. t. d. l.* 1. *mod. commun. rer. alien.* Si res communes sint, dominorum quisque non ultra suam divendit partem aut tradendo in emtorem transfert, *d. l.* 1. *l.* 2. *C. de commun. rer. alien. l. nemo* 68. *ff. pro socio*, excepto fisco, qui ex privilegio rem sibi cum alio communem in solidum divendere datum est, quo magis quoque facilius res fiscales emtorem inveniant; ut tamen pretium pro rata partis, ad socium fisci pertinentis, ei refundendum sit, *l. multum interest* 2. *C. de commun. rer. alienat.* Peregrinus *de jure fisci. lib.* 6. *t.* 4. *num.* 23. Appendix decisionum *post responsa Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1 *pag.* 21. Adde *tit. communi divid. num.* 7.

15. Non tamen subsistit venditio hominis liberi aut rerum sanctarum, religiosarum, sacrarum, ne sub conditionem quidem, *l. sed Celsus* 6. *pr. l. hanc legem* 22. & *seqq. l. si in emtione* 35. §. *liberum* 2. *ff. h. t.* exceptis paucis casibus, recensitis *t. de rerum divis. num.* 6. extra quos si quis sciens aut ignorans res tales emerit, quid juris sit, jam supra monitum *num.* 5. Et, quod attinet venditionem præbendarum ac canonicatuum quibusdam in locis receptam, eam statim quidem ratam esse obtinuit, si ab eo, qui sanus est, resignatio facta sit; at, si ab infirmo ac ægrotante, non aliter, quam si resignans totis viginti diebus de momento in momentum a solemni resignatione computandis supervixerit, de quo latius Abr. a Wesel *ad novell. const. Ultraject. art.* 18. (*) Sed & ipso jure nulla est venditio rerum, per testatorem fideicommisso gravatarum, vel per legem alienari prohibitarum, quo in numero sunt res immobiles inæstimatæ dotales, adeo ut alienatas vindicare possit tum heres fideicommissarius, tum uxor aliique, ad quos soluto matrimonio dos reverti debet, *l. ult.* §. *sed quia* 2. 3. *C. communia de legatis*, *pr. Instit. quibus alien. licet vel non.* Secus, si ex solo pacto contractui adjecto descendat prohibitio alienationis; quippe quo casu subsistit ac rata manet venditio contra pactum facta, ac tantum venditori, qui contra pactus erat, personalis actio seu condictio datur ad id quod interest, *l. ea lege* 3. *C. de condict. ob causam dator. l. si ita quis* 145. §. *ea lege* 3. *ff. de verbor. obl.* arg. *l. pen. ff. de pactis.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 338. *revera* 238. *pag.* 692. & *seq.* nisi secundum mores hodiernos pactum de non alienandis rebus immobilibus solemni earum traditioni factæ coram lege loci, appositum fuerit. Groenewegen ad *d. l.* 3. *C. de condict. ob causam datorum.* Lex enim prohibens, nec non voluntas testatoris, quæ pro lege servatur, rem ipsam sua afficiunt prohibitione, quæ proterea rem alienatam comitatur, & vindicationi locum facit; at pacto persona sola obligatur, res ipsa affecta non est. Scilicet, uti pacto citra traditionem non transfertur rei dominium, *l. traditionibus* 20. *C. de pactis*, ita nec pacto effici debuit, ut res pacto alienari prohibita ipso jure citra traditionem reverteretur ad venditorem, postquam contra conventionem alienata est. At e contrario, ut ex testamento rei dominium ipso jure sine traditione aut apprehensione transit in eum, cui illa relicta est, *l. a Titio* 64. *in fine ff. de*

(*) *Nescio quid heic Auctor de praebendarum et canonicatuum venditione obgannuit; heu! ne vulnera impressa a praesensis Reformatoribus Ultrajecti refricemus. Canonicatus ac praebendas olim ad Capitula Catholicorum pertinentes divulserunt, ultro licitantibus obtruserunt, et in commercium ut venialia cetera rejecerunt, ut vero sibi jus vendendi veluti vitilatios census retinerent, cautum voluere, ut sanus qui vellet, vendere potis esset, aegrotus vero nonnisi viginti post alienationem diebus supervixerit, ita sacrilega nundinatio perseverat.*

furtis, *l. cum haeredes* 23. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* ita quoque facta prohibitio alienationis per ultimam voluntatem efficere potuit, ut eodem modo citra traditionem ipso jure dominium, contra prohibitionem alienatum, ad eos rediret, quorum in gratiam prohibitio facta fuit.

16. Circa rerum furtivarum venditionem accurata Pauli distinctio est; si enim & emtor & venditor sciat furtivum esse quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur: si emtor solus sciat, non obligabitur venditor; nec tamen ex vendito quicquam consequitur, nisi ultro quod convenerit præstet. Quod si venditor scit, emtor ignorat, utrimque obligatio contrahitur, scilicet ad id, ut venditor accepto pretio rem furtivam tradat liberatam a vitio furti, aut alioquin id quod interest præstet, exemplo ejus, qui rem alienam sciens distraxit, *l. si in emtione* 34. §. *item si* 3. *ff. h. t.* Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 17. *numer.* 5. Rebus autem furtivis merito adnumeraveris frumentum publici canonis vel exercitui missum, si quis illud distrahat, adeo ut etiam capitale supplicium adversus ementes viliores propositum fuerit, *l. pen. & ult. C. quæ res venire non possunt*, pecora quoque, exemplo pessimo rusticis amicis ac sociis per milites erepta, quorum & ideo superiori seculo emtio interdicta fuit sub comminatione pœnæ arbitrariæ, ac restitutionis ejus quod emtum sine pretii redditione. *Edicto Philippi Hisp. Regis Holl. Comitis* 28. *Julii* 1573. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2115. *in fine.* Uti & ferramenta ac tigna soluta ædium ruri per prædones aut hostes dejectarum, constituta in ementes dupli pœna & alia arbitraria. *Edicto Philippi* 18. *Octob.* 1574. *d. vol.* 2. *pag.* 2119. quæ & Belli Gallici anno 1672. inchoati occasione pluribus exsequitur Abrah. Wesel de *remissione mercedis cap.* 11. *numer.* 25. *& mult. seqq.*

17. Insuper purpuræ commercium privatis interdictum fuit; licet nunc seculi luxus aurea, purpureaque adulterini coloris, dum verus periit, quibusvis venalia, & in usus privatos, permittat. Vide *l.* 1. 2. *C. quæ res venire non possunt*, *tot. tit. C. de vestibus holoberis & auratis*, *& de intinctione sacri muricis*, Pancirollum *rerum memorabil. lib.* 1. *de rebus deperditis t.* 1. 2. *ibique* Salmuthum *in notis*, Cujacium *lib.* 12. *observ.* 24. Sim. van Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 19. *num.* 25. *vers. quadam.* Nec Judæus, hæreticus, aut paganus, mancipium Christianum comparare potuit, *tot. t. C. ne mancipium Christ. Judæus vel hæret. vel pagan. habeat possideat &c.* Prædia quoque Principis patrimonialia in commercio non sunt, nec vendi privatis possunt, nisi jussus Principis accesserit, *l. cum servus* 39. §. *ult. ff. de legatis* 1. Edictum Ordinum Hollan. 15. *Sept.* 1620. *vol.* 3. *placitor. Holl. pag.* 734.

18. Adhæc Romanæ gentis eunuchos vendi Romanis displicuit, *l.* 2. *C. de eunuchis.* Idemque in venenis malis obtinuit, quoties nullo modo adjectione alterius materiæ usui nobis esse possunt, *l. quod sæpe* 35. §. *veneni* 2. *ff. h. t.* nec non in libris improbatæ lectionis, arg. *l. decere* 3. §. *quoniam* 3. *C. de summa Trinitate*, *l. quicunque* 8. §. *ult. l. ex Manichæis* 16. §. *ult. Cod. de hæret.* Sed nec cos, arma, oleum, vinumve barbaris vendi possunt, *l.* 1. 2. *Cod. quæ res exportari non debeant*, Placitum Ordin. General. 12. Octob. 1524. *vol.* 1 *placit. Hollan. pag.* 1116. nec hostibus ferrum, frumentum, sales, cos, aliaque similia, *l. cotem.* 11. *ff. de publicanis*, Brissonius *select. antiq. lib.* 4. *cap.* 4. in quam rem plura extant Ordinum Generalium, *vol.* 1. *Placit. Holl. a pagina* 1076. *ad pag.* 1130. *& vol.* 3. *pag.* 252. *ad pag.* 262. Quin imo, hostibus omne rerum omnium denegari commercium a ratione alienum non est. Uti enim is, cui renunciatum est societati, non amplius socio tenetur ad ea quæ jure societatis præstanda forent, *l. actione* 65. §. *item qui* 6. *ff. pro socio*, ita quoque, dum hostes bellum inferendo renuncient humanæ societati, merito iis ea negantur omnia, quæ alioquin jure societatis humanæ ac mutuorum officiorum viderentur permittenda, inter quæ præcipuum est jus commerciorum; adeo ut Princeps non suis modo subjectis interdicere queat, ne quid hostibus suppeditetur, sed & amplius neutri bellantium parti studentes impedire, ne vel arma vel ullum aliud mercis genus ad hostem devehant, aut inde vehant; quippe ea ratione juvantes hostem, instruendo necessariis, superfluis acceptis utiliora præstando, & generaliter commerciis ob lucrum & commodum institutis augendo ac promovendo eorum utilitates, quos opprimere uti jure belli possumus, ita ab aliis juvari merito impedimus. Licet enim durum videri possit, neutri parti studentes excludi ab omni commercio cum hoste nostro, cujus ipsi hostes non sunt; durius tamen & nullo præscriptum jure, aliquem pati debere, ut hostes instructiores reddantur & ad bellum diutius trahendum nocendumque potentiores; maxime, cum eatenus, quatenus hostem juvant, dici nequeant neutri parti addicti esse, sed magis hostium loco habendi sint. Confer *decretum Ordinum Generalium* 26. *Junii* 1630. *quod impressum post. Resp. Jurisc. Holland. part.* 3. *vol.* 1. *in appendice decisionum pag.* 54. *& seqq.* Nisi aliud pactis publicis cautum inveniatur, pro varia populorum utilitate & temporum ratione. Qua de re videri possunt variæ conventiones inter Hispanos & Belgas fœderatos 17. *Decembr.* 1650. *art.* 4. 5. 6. 7. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 109. 110. 111. inter Suecos & Belgas 13. *Martii* 1676. *vol.* 3. *pag.* 357. 358. & 12. *Octobris* 1679. *art.* 14. *& seqq. vol.* 3. *pag.* 1398. *& seqq.* inter Gallos, Belgas, & urbes Anseaticas *anno* 1655. *&* 1657. *vol.* 2. *pag.* 551. *& seqq.* inter Anglos & Belgas 1. *Decembr.* 1674. *art.* 2. *& seqq. vol.* 3. *pag.* 352. inter Gallos & Belgas 27. *Aprilis* 1662. *art.* 27. 28. 29. *& seqq. vol.* 2. *pag.* 2913. 10. *Augusti* 1678. *art.* 15. *& seqq. d. vol.* 3. *pag.* 371. Confer Grotium *de jure belli ac pacis libr.* 3. *cap.* 1. *num.* 5. Marquardum *de mercatura lib.* 1. *cap.* 26. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 121. Ant. Matthæum *de criminibus lib.* 48. *tit.* 2. *cap.* 2. *n.* 19. Groenewegen ad *l.* 2. *Cod. quæ res exportari non debeant.* Quibus positis inter plures populos pactionibus, si quæ illicitæ vehantur merces cum aliis licitis, solam illicitarum *waren van contrabande*) publicationem aut interceptionem fieri placuit, licitis & ipsa navi suo domino reddendis; licet jure Romano, ipsa quoque navis publicanda fuerit, nisi absente domino a magistro, vel gubernatore, aut proreta, nautave, merces illicitæ fuissent impositæ, *l. cotem* 11. §. *dominus* 2. *ff. de publicanis*, *Separatem Articbel nopende de Commertie tusschen Spangien en de Vereenigde Nederlanden den* 4. *Febr.*

1648. *vol.* 1. *Placitorum pag.* 107. *Tractat de Marine tusschen Urankryk en de Anzesteden* 1655. *art.* 2. *in fine vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 555. item *tusschen Engeland en de Vereenigde Nederlanden* 1674. *art.* 7. *vol.* 3. *pag.* 354. item, *tusschen Sweden en de Nederlanden* 1676. *art.* 7. *d. vol.* 2. *pag.* 358. item *tusschen Urankryk en de Vereeningde Nederlanden* 1978. *art.* 21. *d. vol.* 3. *p.* 472.

19. Rebus ad hostes non exportandis accedunt proxime res extra belli considerationem etiam pacis tempore exportari prohibitæ, de quibus pro temporum opportunitate plura extant Ordinum Belgii placita, subinde etiam mutatis postea temporibus pro publica aut privata civium utilitate sublata. Quamvis enim insignis plerumque commercii liberi utilitas sit, dum Gentium atque nationum velut commune quoddam vinculum est, atque ita eas sociat, ut, quod gentium uspiam, id apud omnes natum videatur; & remotissimis quibusque e locis advectum ita populo cuique repræsentetur, quasi ea ipsa in regione productum esset; jure tamen meritoque nonnunquam vetatur, aut restringitur personis modis, temporibus, importandi potestas & commerciorum usus, quoties id Reipublicæ expedire videtur & ex adverso libertas nimia deprehenditur damnosa esse. Neque enim dubium, quin magistratui cuique jus sit, omnes suorum civium actum regendi suis in territoriis ad suæ civitatis civiumque utilitatem, licet per consequentiam extranei læderentur, si modo nullum iis adimatur quæsitum jus. Exportari sane optima ratione vetantur ea, quæ civibus necessaria, & ex quorum exportatione justus immineret pecuniariæ metus. Contra, importari recte prohibentur merces illæ, quibus vel opificia nostra, & artificium industria minuitur, dum abundans eorum alias vacaturorum copia est, vel opes nostræ, ac maxime parata pecunia, nimis in exterarum gentium sinum derivatur; vel cives ad luxum magis quam virtutem & avitam invitantur frugalitatem; vel denique emtores turpiter decipiuntur, dum spuriæ, aut deterioris notæ merces invectæ miscentur aliis genuinis probis, ac pari cum hisce pretio ignorantibus distrahuntur. Quibus fere fundamentis nisi Ordinum nostrorum placita, importandi prohibitionem continentia, facile quisque ex eorum tenore cognoscet. Confer Puffendorfium de *jure naturæ & gentium lib.* 3. *cap.* 3. *numer.* 11. 12. Mævium *ad jus Lubecense lib.* 3. *t.* 6. *art.* 7. & mea *ad t. de justit. & jure numer.* 18.

20. Considerandum tamen, leges illas, quibus restringitur libertas commerciorum, & importandi exportandive jus, strictam recipere interpretationem, ne extendatur ultra res eas, quarum mentio lege prohibente comprehensa est. Qua ratione, si vetita fuerit frumenti exportatio, licet farinæ etiam ac spicarum & panis exportatio interdicta credatur, ne fraus legi fiat, arg. *l. adeo* 7. §. *cum quis* 7. *in fine ff. de acquir. rer. domin.* Menochius *de arbitr. jud. lib.* 2. *casu* 585. *numer.* 11. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 4. non tamen leguminum, veluti fabarum, seminis lini, similiumque; arg. *l. frugem* 77. *ff. de verb. signif.* multoque minus liquorum, veluti vini, olei &c. & viceversa. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 9. Marquardus *de mercatura lib.* 1. *cap.* 16. *numer.* 33. Quin & sub vino acetum non contineri, si vinum ab initio non fuerit, verius est, arg. *l. in venditionibus* 9. §. *ult. ff. h. t. l. si quis vinum* 9. §. 1. 2. *ff. de tritico, vino vel oleo legato.* Nec sub lana linum aut pilos comprehendi, colligi potest ex *l. si cui lana* 70. §. *linum* 10. *ff. de legatis* 3. & docet Ant. Matthæus *de auction. d. lib.* 2. *cap.* 4. *numer.* 4. Ac denique prohibitio exportationis non videtur porrigenda ad res illas, quas quis non promercii, sed tantum proprii usus gratia exportat, arg. *l. universi* 5. *C. de vectig. & commissis*, Christinæus ad *Leg. Mechlin. in præludiis num.* 22. Parens p. m. Paulus Voet *de statutis sect.* 7. *cap.* 3. *numer.* 5.

21. Sine re autem, quæ veneat, nulla emtio, nulla venditio est, *l. nec emtio* 8. *ff. h. t.* Unde si res vendita perierit in universum ante contractum, ignaris contrahentibus, nihil utrumque actum intelligitur: sed si pro parte, si quidem minore, subsistit contractus, pretio pro rata diminuendo; sin pro majore, adeo ut minor tantum pars ex re vendita supersit, emtioni stare emtor non tenetur, *l. domum emi* 57. *pr. ff. h. t.* Idemque est, si id, propter quod quis ad rem emendam processit, in ea absumtum sit: veluti, si quis fundum emerit ob villam impositam aut arbores in eo plantatas, ac ante contractum, ignaro utroque, villa exusta fuerit, aut arbores vento dejectæ vel igne absumtæ, *l. arboribus* 58. *ff. h. t.* sive privatim, sive auctione publica solemniter distractio facta sit, Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 8. *numer.* 23. Quod si emtor sciverit rem interiisse, venditori id ignoranti totum tenetur pretium persolvere, sive in pœnam doli, sive quod lex eo casu concipiat donandi præsumtionem, *d. l. domum* 57. §. *simili* 2. *ff. h. t.* junct. *l. cujus per errorem* 53. *ff. de reg. juris.* Uti ex adverso venditor sciens interitum rei emtori ignoranti ad id quod interest obligatus efficitur, *d. l.* 57. §. *sin autem* 1. *ff. h. t.* junct. *l. & liberi* 4. *l.* 5. *l. qui officii* 62. §. 1. *ff. h. t.*

22. Pretium, quo scilicet res æstimatur, quodque ad emtionem est necessarium, *l. inter patrem* 2. §. 1. *l. pacta conventa* 72. *ff. h. t.* primo quidem debet esse justum, ac merci respondens, etiamsi naturaliter liceat contrahentibus in pretio sese per quandam solertiam modice circumvenire, *l. in causa* 16. §. *idem* 4. *ff. de minor.* 25. *annis*, junct. *l. si voluntate* 8. *C. de rescind. vendit.* Debet & consistere in pecunia numerata, de qua *l.* 1. *ff. h. t.* non item in aliis rebus, §. 2. *instit. h. t.* arg. *l. si ita fidejussorem* 42. *ff. de fidejussoribus.* Licet de eo dissensus fuerit inter Jurisconsultos veteres, *d.* §. 2. cujus & vestigium est in *l. si debitor* 39. §. 1. *ff. h. t.* ubi fructus olivæ certa olei ponderatione venditus proponitur; quis illic *venditionem* interpretari malit per *locationem*, dum emtionis vocabulum latius acceptum & locationem conductionem comprehendit, ut in *pr. hujus tituli* monitum. Emtio certe non erit, sed magis donatio, si pretium dicis tantum causa, & animo non exigendi, constituatur, *l. cum in venditione* 36. *l. si quis donationis* 38. *ff. h. t.* junct. *l. ult. ff. pro donato*, *l. si sponsus* 5. §. *circa* 5. *ff. de donat. inter vir. & uxor.* Secus, si ab initio pecunia quidem intercessit, sed postea consentienti venditori pecora, vel quid aliud in solutum datum sit; emtio enim manet, cum initium contractus spectandum sit, *l. pretii* 9. *C. de rescind. vend.*

Jacobus Coren *observ.* 35. *circa med. numer.* 1. 2. 3. *& seqq.* Idemque est, si ab initio quidem pretii exigendi animus fuerit, sed postea illud emtori nova remittatur voluntate, arg. *l. si tibi habitationem* 5. *ff. locati*, *d. l. si sponsus* 5. *§. circa venditionem* 5. *ff. de donation. inter vir. & uxorem.* Si partim pecunia, partim res alia pro re detur, inspiciendum, quæ fuerit contrahentium mens, emendine, an permutandi, arg. *l. juris gentium* 7. *§. quod fere* 12. *ff. de pactis*, de qua si haud constet, a potiori facienda denominatio; ut, si plus sit in pecunia, minus in aliarum rerum datarum pretio, censeri debeat contracta venditio; contra vero, si plus sit in re data, quam pecunia", arg. *l.* 1. *C. de rerum permutat. l. tenetur* 6. *§. si vendidi* 1. *ff. de act. emti*, *l. fundi partem* 79. *ff. h. t.* Confer Abr. a Wesel *de connub. bonor. societ. tract.* 2. *cap.* 1. *n.* 59. 60. 61. 62.

23. Insuper certum esse pretium in emtione, necesse est; usque adeo, ut ne agi quidem possit ex instrumento emtionis, in quo certa pretii quantitas non continetur; cum ita de contractus substantia non satis doceatur; nisi pretium solutum esse instrumento declaretur; vel adversarius hanc instrumento non opponat exceptionem; vel instrumentum antiquum sit. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 13. Hoesius *ad Pand. h. t. n.* 36. Quid, quod nec testes emtionem satis plene probant, nisi simul de conventione super pretio ac certa ejus quantitate deponant. Andr. Gayl. *d. lib.* 2. *observ.* 13. *n.* 8. Fachineus *lib.* 2. *controvers. cap.* 34. Pinellus *ad rubric. C. de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 7. Mantica *de tacitis & ambiguis convent. lib.* 4. *t.* 19. *n.* 60. 61. Perezius *ad Cod. h. t. n. ult.* Certum autem est pretium vel per se, vel per relationem ad aliud, veluti, *quanti res emta fuit*, aut *quantum in arca est*; si modo pretium aliquod in arca reperiatur, cum alioquin deficiat substantia venditionis, *l. hac venditio* 7. *§. hujusmodi* 1. *l. si quis fundum* 37. *ff. h. t.* junct. *l. inter patrem* 2. *§.* 1. *l. pacta conventa* 72. *ff. h. t.* vel denique per arbitrium tertii: pretium enim in tertii certi arbitrium conferri posse, receptum est; adeo ut inutilis futura sit emtio tanquam ab arbitrii conditione dependens, si tertius ille noluerit vel non potuerit arbitrari, *l. ult. C. h. t. §.* 1. *Instit. h. t. l. si merces* 25. *ff. locati.* In tertii plane incerti voluntatem conferri pretii determinationem, merito displicuit; cum in eligendo certo possent in perpetuum dissentire, *d. ll.* nisi contractus alius validus, veluti pignoris, præcesserit, *l. si fundus* 16. *§. ult. ff. de pign. & hypoth.* Quod si iniquum arbiter interposuerit arbitrium, id ipsum bonæ fidei judicio, id est, judicis officio secundum naturam negotiorum bonæ fidei ex bono & æquo corrigendum est, *l. un. de si Nervæ* 79. *ff. pro socio.* Manifesta autem videtur apparere arbitri iniquitas, si pretii determinatio ex parte venditoris aut emtoris læsionem ultra dimidium contineat; saltem ex quo condita fuit *lex secunda C. de rescind. vend.* In emtoris aut venditoris arbitrium non recte pretium confertur, *l. quod sæpe* 35. *§. illud constat* 1. *ff. h. t.* arg. *l. in vendentis* 13. *C. h. t. l. a Titio* 108. *§. nulla promissio* 1. *ff. de verbor. obligation.* Unde & ea fuit improbata conventio, ut unus contrahentium eligeret tertium, pretia definiturum. Pinellus *de rubric. C. de resc. vend. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 6. *in fine.*

24. Interposito consensu super merce ac pretio, perfecta est venditio, sic ut ab ea recedi nequeat, *pr. Inst. h. t.* nisi id actum fuerit, ut in scriptis emtio celebretur, ut ante dictum, aut aliud quid vi pacti specialis intercedere debeat, & aliquid ex hisce adhuc supersit agendum, *d. pr. Inst. h. t. l. contractus* 17. *C. de fide instrument.* vel res ad gustum emta sit, quatenus conditio degustandi proficit ad hoc, ut improbare liceat, *l. si in emtione* 34. *§. alia causa* 5. *ff. h. t.* De cetero conditionalis venditio, & ea, qua res veneunt fungibiles, licet perfecta non sit, nisi cum conditio extiterit, aut tales res venditæ appensæ fuerint, vel admensæ, vel adnumeratæ; medio tamen tempore pœnitentiæ locus non est, *d. l. si in emtione* 34. *§. alia causa* 5. *ff. h. t.* arg. *l. necessario* 8. *ff. de peric. & commod. rei vend.* Tiraquellus *de retractu gentilit. §.* 1. *gloss.* 2. *n.* 27.

25. Venditioni accedere possunt arrhæ, possunt & pacta. Arrham quod attinet, Isidorus quidem eam *lib.* 5. *origin. cap.* 25. *in med.* descripsit, quod sit *primum, quod pro re bonæ fidei contractu emta ex parte datur, & postea completur: est enim arrha complenda, non auferenda; unde qui habet arrham non reddit sicut pignus, sed desiderat plenitudinem, & dicta arrha a re pro qua traditur.* Sed Jurisconsultis paulo alia arrhæ consideratio est: primo enim vel in pecunia numerata, vel in rebus aliis consistere potest; si in pecunia, nihil vetat, quo minus ab emtore venditori data penes accipientem remaneat, pretio imputanda; sin aliis in rebus, post impletum emtionis venditionis contractum id, quod arrhæ nomine datum fuerat, actione ex emto vel condictione sine causa per dantem repeti posse, constat ex *l. ex emto* 11. *§. is, qui vina* 6. *ff. de act. emti.* Sed & secundo arrha sæpe quidem data fuit in signum emtionis contractæ, ac perfectæ, & ulterius utroque ex latere implendæ, ut ita evidentius probari posset, de pretio convenisse, *l. quod sæpe* 35. *pr. ff. h. t. pr. Inst. h. t.* quandoque tamen etiam in indicium emtionis inchoatæ, ac ulterius in scriptis aut aliter secundum partium voluntatem perficiendæ, *d. pr. Inst. h. t. post. med. l. contractus* 17. *in finem C. de fide instrument.* Posteriore casu recedi ab emtione inchoata potest sub dispendio arrharum, quas quis dederit, vel restitutione duplicatarum, si acceperit, *d. pr. Inst. h. t. d. l.* 17. *C. de fide instrum.* At casu priore pœnitentia omnis secundum dicta in præcedentibus exclusa est, licet quis arrhas datas perdere, vel acceptas reddere duplicatas paratus sit, arg. *l. non idcirco* 12. *C. de rescind. vend. l. sicut initio* 5. *C. de oblig. & act.*

26. Pacta quod spectat, venditionibus apponi possunt honesta, licita, substantiam venditionis haud evertentia; ex quibus, magno sparsim numero occurrentibus, pauca recenseri fuisset; puta, ut venditor rem venditam certa mercede conductam habeat, *l. qui fundum* 75. *ff. h. t.* ne emtor in loco emto monumentum extruat aut aliud quid ædificet, *l. ult. C. de pactis inter emt. & vend.* ut, si intra certum diem res emta displicuerit emtori, inemta sit; vel vice versa sit emta, si intra certum placuerit, *l. si res ita* 3. *ff. h. t. §. pen. Inst. h. t.* Die certo pactioni non addito intra duos menses voluntatis de-

clarationem oportere fieri, non in perpetuum, probabile est, arg. *l. quod si nolit* 31. §. *si quid ita* 22. *ff. de aedilit. edict.* Covarruvias *varior. resolut. lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 1. Videturque arbitrium illud declarandi voluntatem personale esse, ideoque morte ejus, qui velle debebat, evanescere, nec ad hæredem emtoris transmitti, qui proinde nec perfectam venditionem sua voluntatis declaratione infirmare, nec imperfectæ & ex conditione suspensæ perfectionem petere aut eam suæ voluntatis significatione perficere potest, arg. *l. si ita legatum* 65. §. *illi* 1. *ff. de legatis* 1. *l. si ita expressum* 69. *de condit. & demonstrat. l. locatio* 4. *ff. locati.* Neostadius *Curiæ supr. decis.* 45. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 153 Sed & amplius id agi potest, ut venditor res, veluti *equos venales experiendos det*, ea lege, *ut reddere liceat, si in triduo proximo displicuerint;* & ut, emtione non secuta, *in dies singulos aliquid præstetur.* Quo casu experiri licet; desultoris autem partes agere, & præmii causa in iis currere non licet; de cetero periculum equorum magis ad venditorem pertinet, si necdum perfecta emtio, sed ex tali conditione suspensa fuerit, *l. apud Labeonem* 20. *pr. &* §. 1. *ff. de præscriptis verbis.* Præterea, cum vestimenta aut quid aliud mobile mihi venditurus esset, conveniri potuit, *ut ea apud me relinquas, ut peritioribus ostendam;* quo pacto posito, si vi ignis aut alia vi majore perierint, periculum ad me non pertinet, quasi & tunc imperfecta venditione: ut tamen ad custodiam obstrictus sim. *l. si gratuitam* 17. §. *si cum mihi* 4. *ff. de præscriptis verbis.* Nam &, si, cum emere argentum vellem, vascularius, id est, qui vasa facit argentea, illud ad me detulerit & reliquerit, egoque, cum displiceret mihi, servo meo referendum dederim, & id sine dolo meo ac culpa perierit, vascularii detrimentum fore responsum est; ita tamen, ut & hic culpa eorum, quibus id custodiendum perferendumve dedi, per me præstanda sit, *l. apud Labeonem* 20. §. *ult. ff. de præscriptis verbis.* Confer *t. de commodato n.* 6. Contra vero reprobatum est pactum, ne rei venditæ dominium in emtorem transeat, *l. pen.* §. *ult. ff. h. t.* ad præteritas pensitationes publicas & tributa teneatur emtor fundi; licet verum sit, venditorem quoque obligatum manere, si forte in emtorem minus idoneum fundus translatus sit; nec ad præteriti temporis pensitationes teneri emtorem, ubi fiscus ipse pretium distraxit ob tributorum cessationem, *tot. t. C. sine censu & reliquis fundum comparari non posse*, *l.* 2. & *tot. t. C. si propter publicas pensitationes venditio fuerit celebrata*, *l. inter debitorem* 42. *ff. de pactis*, Groenewegen *ad l.* 1. *C. sine censu & reliquis &c.* Vinnius *de pactis cap.* 18. *n.* 1. Illicitum denique pactum omne, quod monopolii interdicti speciem sapit, *l. unic. C. de monopoliis.*

27. Quod si pacta quædam emtioni addita ambigua atque obscura sint, ad eorum interpretationem faciendam huc ea recte traduxeris, quæ de legum interpretatione monui *t. de legibus n.* 20. præsertim, cum & pacta contractibus legem dent. Quæ si cruendæ paciscentium menti non sufficiant, dicendum generaliter videtur, contra eum faciendam esse pactorum dubiorum interpretationem, qui ea apposuit, quippe sux debet imputare imprudentiæ, quod apertius locutus non sit. Ac proinde, si a venditore pactio profecta fuerit, adversus eum illa de causa interpretationem fieri æquum est, *l. Labeo scripsi* 21. *l. cum in lege* 33. *ff. h. t. l. veteribus* 39. *ff. de pactis*, *l. in contrahenda* 172. *ff. de reg. juris*, arg. *l. cum quæritur* 26. *ff. de reb. dubiis*, *l. quicquid astringendæ.* 99. *pr. ad ff. de verbor. oblig.* Ex adverso, si quam emtor venditioni adjecerit conventionem, magis est ut & contra ipsum pacti ambigui explicatio adhibeatur, quippe in cujus jam potestate fuit, apertius pacisci, *l. si in emtione* 34. *ff. h. t.* arg. *d. l. quicquid* 99. *pr. versu, nec rursum ff. de verb. obligat.* Nec hic repugnat, *l. si quis intentione* 66. *ff. de judiciis*, cum diversa in libellis atque judiciis ratio, sit ut plenius dictum *t. de edendo num.* 3. Adde Vinnium *de pactis cap.* 20. *n.* 4. 7. 8.

28. Interim pacta quædam, etsi per se dubia, certam tamen a legibus receperunt interpretationem, quam judex in judicando sequatur. Ita, si lege fundi venditi dictum fuerit, *aquam accessuram esse*, etiam venditor iter aquæ concedere debet seu spatium, per quod rivus aut canalis aquæ ducendæ causa fiat, *l. qui fundum* 40. §. *in lege* 1. *ff. h. t.* junct. *l. Quintus Mucius* 15. *ff. de servit. præd. rustic.* Si *dolia domini fundo accessura esse* pactum sit, etiam ea, quæ servus, qui fundum coluerat, emisset peculiaria, emtori cessura constat ex *l.* 40. §. *pen. ff. h. t.* Si scriptum sit, *fistulas emtori accessuras*, etiam castellum, ex quo fistulis aqua duceretur, placuit emtori acquiri, *l. fistulas* 78. *pr. ff. h. t.* Lacu vendito *cum decem pedibus circa illum lacum*, si lacus ante traditionem creverit, non ob eam rem latius emtorem debere possidere quam emit, sed decem pedes circa illum lacum præstandos esse, quatenus tunc fuit lacus, cum veniret, a Proculo responsum est, *leg. Rutilia Polla* 69. *ff. h. t.* Et si in venditione fuerint pacto exceptæ *lapicidinæ*, eæ tantum exceptæ intelliguntur, quæ erant tempore contractus, non quæ postea repertæ sunt, *l. in lege fundi* 77. *ff. h. t.* Denique, si manu sata lege contractus exemta fuerint, non vites aut arbores exceptæ censebuntur, licet manu satæ, neque etiam seges, quæ ex stipula enascitur, sed tantum illa sata, quæ singulis annis de novo seri solent, l. *qui fundum* 40. §. *fundi venditor* 3. *l. cum manu* 80. *ff. h. t.*

TITULUS II.

De in diem addictione.

SUMMARIA.

1. *Addictio in diem aliquando puram, aliquando conditionalem venditionem facit. Qui utriusque diversi effectus sint?*
2. *Sine speciali pacto post addictionem adjectiones non fiunt, nisi fiscus vendiderit, jure singulari.*
3. *Qui possint conditionem meliorem offerre? an & emtor, aut unus ex pluribus venditoribus? quibus modis melior offeratur conditio? an ex eo, quod fructus interim percepti penes venditorem mansuri sunt?*
4. *Oblatam meliorem conditionem, an venditor rejicere possit, & emtorem priorem retinere? Denuncianda emtori primo conditionis melioris oblatio. An prior liberetur, si secundo res addicta, & is*

solvendo non sit? An res sæpius aliis meliorem condictionem offerentibus in diem addici possit? Quid si venditor finxerit, alium meliorem conditionem obtulisse?

5. *Quibus actionibus venditor rem secundo addictam repetat a primo emtore? quo in statu res, & quæ una cum re sint restituenda? quæ emtor primus repetere vicissim possit?*

6. *Recensentur casus, quibus cessat melioris conditionis oblatio.*

7. *Quid juris, si plures domini eandem rem uni in diem addixerint, & oblata conditione meliore quidam primum emtorem, alii secundum præferant?*

8. *Quid si res duæ duobus separatim sint addictæ, denis singulæ, & tertius pro utraque simul triginta offerat?*

1. INter pacta emtioni apponi solita occurrunt duo insigniora, puta, in diem addictio & lex commissoria; quibus & eam ob causam tituli peculiares tributi sunt. In diem addictio est venditio ea lege facta, ut firma fiat, vel firma maneat, si alius intra certum tempus meliorem non obtulerit conditionem. Talis namque venditionibus in continenti adjecta lex easdem aliquando puras facit: aliquando conditionales, pro formularum diversitate; ut colligi potest ex *l. quotiens* 2. & *l. ubi autem* 4. §. *cum igitur* 3. *ff. h. t.* Puras si faciat, medio tempore periculum, & interventu traditionis dominium rerum venditarum, ac jus easdem pignori obligandi, aut, si alienæ sint, usucapiendi facultas in emtorem transit & accessiones emtor fructusque suos interim facit, *l.* 2. §. 1. *l.* 3. *l.* 4. §. *sed & Marcellus* 3. *l. item quod* 6. *l. Imperator* 16. *ff. h. t.* quin & rem ipsam, si forte possessionem amiserit, vindicare potest aut Publiciana petere in rem actione, *l. si quis hac lege* 41. *ff. de rei vindic.* arg. *l. sed & si* 7. §. *Marcellus* 2. *l. si ego* 11. §. *idem Julianus* 4. *ff. de publiciana in rem act.* Atque etiam experiri interdicto quod vi aut clam, si quid in præjudicium rei sic venditæ factum sit, *l. ubi autem* 4. §. *idem Julianus* 4. *ff. h. t.* Quod si conditionales ex in diem addictione venditiones sint, nihil eorum, quæ commemorata sunt, obtinet, nec quicquam interim in emtorem censetur translatum, *l. ubi autem* 4. *pr. ff. h. t.* ac ne periculum quidem, si medio tempore res tota perierit, secus, si pro parte tantum pendente conditione extincta aut deterior reddita esset, *l. necessario* 8. *ff. de peric. & commod. rei vend.*

2. Quamvis autem regulariter, rebus emtori simpliciter addictis, adjectio ulterior, seu melioris conditionis per alium facta oblatio, emtionem rite perfectam infirmare nequeat, quoties id nominatim pacto actum non est; jure tamen singulari id fisco, non item civitatibus datum fuit, quod res suas emtoribus prioribus simpliciter divenditas auferre possit, & aliis intra certum tempus meliorem conditionem offerentibus addicere, nisi priores tantundem præstent, *l. Lucius Titius* 21. §. *ult. ff. ad municipalem*, *l. ult. ff. de jure fisci*, *l. si tempora* 4. *C. de fide & jure hastæ fiscalis.*

3. Meliorem offerre conditionem possunt non extranei modo, sed & unus eorum, quibus res prima in diem addictione vendita erat, *l. cum in diem* 18. *ff. h. t.* & unus ex pluribus venditoribus: licet enim vulgo emtio rei suæ nulla sit, *l. neque pignus* 45. *ff. de reg. juris*, tamen, quo minus cum tota re etiam nostram emamus partem, nihil vetat, *l. quod si uno* 13. §. *verum est* 1. *ff. h. t.* Toties autem melior censetur offerri conditio, quoties id a posteriore offertur, quod ad majorem venditoris utilitatem pertinet; sive pretio quid additum sit, sive nihil quidem pretio adjiciatur, sed vel facilior vel maturior vel loco opportuniore facienda offeratur solutio, vel idoneo fidejussore aut pignore oblato securior de pretio venditor fiat; vel levioribus secundus emat conditionibus, remissa forte satisdatione aliisque, quæ emtori priori præstanda, venditori erant gravia in priori emtione, etiamsi tunc ne eodem quidem sed viliore pretio posterior emat, *l. ubi autem* 4. §. *ult. l.* 5. *ff. h. t.* Non tamen ex hoc solo æstimanda conditionis melioris oblatio, quod posteriore tantundem offerente, ac re a priore avocata, fructus medii temporis apud venditorem remanent, qui priori cessissent emtori, si emtio prior mansisset rata, *l. si venditor* 14. §. *ult. ff. h. t.*

4. Posita vero conditionis melioris oblatione, prior emtor hoc ipso non liberatur, nisi id actum sit; sed venditori liberum est oblatam meliorem conditionem abjicere, ac sequi primam, quasi meliorem, *l. Sabini* 9. *ff. h. t.* nisi creditor pignus vendat, & is, qui adjecit, idoneus sit, eo quod tunc non suo sed debitoris juri renunciaret, nec videretur bona fide negotium geri, *l. sed si* 10. *ff. h. t.* Quin imo, denunciatio conditionis melioris allatæ regulariter emtori primo quantocius facienda est, ut, si videatur, & ipse tantundem offerat, atque ita secundo potior sit; quo tamen casu fructus inter primam & secundam addictionem sibi factam perceptos restituit, cum rem habeat ex nova emtione, nisi alia appareat contrahentium voluntas, *l. item quod* 6. §. 1. *l.* 7. *l.* 8. *ff. h. t.* Priore vero tantundem haud offerente, res secundo addici potest, si modo is neque filiusfamilias neque servus venditoris sit, *l. si vend.* 14. §. *sed & si* 3. *ff. h. t.* idque vel simpliciter vel rursus in diem, ut nempe res inemta sit, si tertius intra certum tempus adhuc meliorem obtulerit conditionem: neque enim leges impedimento sunt, quo minus eadem res sæpius in diem addicatur, si modo vel prima vel secunda vel tertia addictione a venditore recedat, *l. quod autem* 11. *ff. h. t.* Estque secundæ tertiæve addictionis effectus, quod emtor prior eo ipso in universum liberetur, licet posterior solvendo non sit, vel servilis conditionis, cum eum venditor liberum crederet, vel in pupillari existens ætate sine tutore ad emendum processerit, *l. si venditor* 14. §. 2. 3. *ff. h. t.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib.* 4. *t.* 23. *n.* 30. 31. Groenewegen ad *l.* 9. *ff. h. t.* Plane si venditor finxerit, alium bona fide licitantem plus obtulisse, cum minus obtulisset, atque ita secundo addixerit, utrique in solidum obligatus erit, *l. si venditor* 14. *pr. ff. h. t.*

5. Dissoluta per addictionem posteriori factam prima emtione, res ipsa vendita venditori restituenda est, libera ac sine onere, si forte medio tempore pignori obligata sit, *l. ubi autem* 4. §. *sed & Marcellus* 3. *ff. h. t. l. si res distracta* 3. *ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solvitur.* Data ei in id vel rei vindicatione, si verbis directis hæc pactio concepta fuerit, veluti, *ut res inemta sit*, arg. *l. ult. ff. de lege commissoria*, vel ex emto aut præscriptis verbis personali actione, si

verbis obliquis id actum sit, ut *res revertatur*, arg. *l. qui ea lege* 3. *C. de pactis inter emt. et vend.* Atque insuper una cum re reddendi fructus inde medio tempore per emtorem percepti; ac cedendæ venditori actiones, si quæ forte rei emtæ intuitu emtori quæsitæ sint, *d. l.* 4. *§. idem Julianus* 4. *l. item quod dictum* 6. *l. Imperator* 16. *ff. b. t.* Quemadmodum ex adverso emtor quoque non modo pretium, quod numeravit, repetere potest actione ex emto una cum usuris, arg. *l. illud sciendum* 29. *§. condemnatio* 2. *ff. de adilit. edicto*, *l. Julianus* 13. *§. veniunt* 20. *ff. de act. emti.* Sed &, si quæ medio tempore necessario in rem emtam erogata probare possit, *d. l. Imperator* 16. *ff. b. t.* idque non secundo emtore, sed magis a primo venditore, quocum ipse contraxerat, nisi solemnis intervenerit delegatio, aut cessio actionis, *l. ult. ff. b. t.*

6. Sunt tamen in jure casus, quibus locum non habet melioris conditionis oblatio ad id, ut prior emtio hoc ipso resolveretur; puta si mortuus sit venditor, nec ejus adita fuerit hereditas ante appositum addictioni diem; quia melior conditio allata, quæ domino placeat, intelligi non potest, nullo scilicet rei domino existente, *l. si prædio* 15. *ff. b. t.* Vel si adjectio fiat tantum pro parte rei, cum ea adhuc integra superesset, ne invitus emtor prior cum secundo in communionem redigatur; secus si nihil præter illam partem in rerum natura sit, *l. ubi autem* 4. *§. idem Julianus eodem* 2. *l. quod si uno* 13. *ff. b. t.* Amplius, si tota res principalis interim perierit, ac nil præter accessiones supersit; quia alterius rei, quam ejus quæ distracta est, non solet adjectio admitti, *l. quoniam* 3. *l.* 4. *§.* 1. *ff. b. t.* Denique si adjectio tantum fiat propter ea, quæ secundæ emtioni accessura sunt, cum primæ non accessissent, si non minoris sint hæ accessiones, quam quo pluris postea res principalis venit, *l. si prædio* 15. *§.* 1. *ff. b. t.*

7. Si plures rem eandem addixerint in diem, & meliore allata conditione, primum quidam, alii secundum velint emtorem admittere; si quidem uno pretio res vendita sit, potior erit prioris emtoris conditio, quia una conditio est, quæ vel in totum conservanda, vel in totum infirmanda fuit, ne emtor in communione minvitus trahatur: sin pretiis diversis, partes eorum, qui primum emtorem prætulerint, primo, reliquæ secundo cedere debent; cum separatæ venditiones sint, nec quisquam in communionem redigatur aliam, nisi in quam sese particulatim emendo sponte conjecit, *l. quod autem* 11. *§.* 1. *l.* 12. *l.* 13. *ff. b. t.*

8. Quin &, si duæ res duobus separatim denis singulæ aureis addictæ sint, & extiterit, qui pro utraque triginta promittat; refert, unius pretio decem, an singularum quina adjiciat: priore casu ea sola res inemta erit, cujus pretio adjectio facta fuerit; posteriore res utraque ad posteriorem emtorem pertinebit. Quod si incertum sit, ad utrius rei pretium adjectio facta sit, a priore venditione non videbitur discessum esse, *l. cum duo* 17. *ff. b. t.*

TITULUS III.

De Lege Commissoria.

SUMMARIA.

1. *Quid sit lex commissoria, & unde dicta? An tantum puram, an vero etiam conditionalem possit facere venditionem?*
2. *Venditor eligit, an uti velit lege commissoria, nec ne? nec post electionem variare potest. Quo modo tacite remittat hanc legem? Qua actione rem repetat, si hac lege uti velit?*
3. *An emtione resoluta emptor partem pretii, quam solvit recuperet? an & arrhas aliaque impendia? an & medii temporis usuras?*
4. *An interpellatione opus sit, ut lex hac locum habeat? quid si lex commissoria sine die adjecta sit?*
5. *Quibus in casibus cesset vis legis commissoriæ? Quid agendum, si venditor præsens solutionem declinet? Quid emtor agere debeat, si ante diem additum fiat tutor liberorum venditoris?*
6. *De pacto, ut pretio intra certum tempus non soluto, res vendatur periculo primi emtoris.*
7. *De pacto de retrovendendo. Quale pretium reddendum sit? Qualis actio ex hoc pacto ad rem recuperandam competat? An fructus rei & usuræ pretii medii temporis restituenda sint? An duplicata debeantur laudemia ob redemtionem?*
8. *An jus redimendi ex pacto ad heredes transeat? Quid si quidam ex his redimere nolint? An & extraneo cedi possint? An huic juri præscribi? Si primus emtor rem alteri simpliciter vendiderit sine pacto redimendi, an primus venditor contra emtorem secundum agere possit?*
9. *De jure retractus conventionalis & legalis: legalis retractus strictam recipit interpretationem, nec habet locum, nisi doceatur, jus illud ex tali causa lege vel consuetudine loci, in quo sita immobilia, receptum esse.*
10. *De retractu conventionali ac pacto, ut*, si emtor rursus vendere velit, non alii quam venditori vendat. *Emtor tunc extraneo vendere volens denunciare id venditori debet, ut si is velit, intra duos menses declaret, se rem eodem pretio velle emtam habere. Facto hoc emtor non impeditur extraneo rem donare, legare, &c.*
11. *Jus retractus legalis competit domino directo emphyteusios; etiam emphyteuta, si dominus vendat dominium directum. Item domino directo feudi, etiam sub infeudanti, si vassallus feudum vendat, & emtor necdum investitus sit. Datur & sociis ad partem a socio distractam; & ei, cui census ex fundo debitus, si fundus vendatur. An & quatenus illis, qui jus pignori habent in re immobili, dominis prædii, unde redditus annuus debetur; dominis jurisdictionis, Baillivis, prætoribus? An fructuariis, vendita proprietate?*
12. *In omnibus fere locis viget retractus gentilitius; non tamen in Geldria aut in Transilvania. An ubique in Hollandia?*
13. *Ex juris Romani principiis peti potest fundamentum retractus gentilitii. Quæ juris mutationes hic inciderint?*
14. *Competit hoc jus cognatis masculis, fœminis; non adoptivis. An naturalibus? an conceptis post venditionem? an debeant esse proximi ex illa linea unde res profecta? & quid in feudis retrahendis? An detur illis, qui ex statutis non vocantur ad successionem ab intestato? an naturalibus ratione fundi a linea materna distracti? an remotioribus jure repræsentationis ad successionem venientibus cum alio proximiore? An jus retractus regatur secundum jus successionis intestatæ?*

15. *Hoc jus retractus ex lege competens alteri cedi nequit; nec quisquam pro alio, sed tantum pro se retrahit; quod & quibusdam in locis tenetur jurare.*
16. *Non retrahit, qui ingratus fuit in cognatum venditorem; nec qui huic juri renunciavit. An tacite renunciaverit, qui pro evictione fidejussit? Aut oblatam sibi emtionem non acceptavit? Aut venditionis instrumento subscripsit?*
17. *An filius venditoris, etiam in patris existens potestate, retrahere possit? An & heres venditoris? & quid si venditor promiserit, se rem præstiturum liberam ab omni retractu?*
18. *An si cognatus & extraneus simul emerint, cognatus retrahere possit partem extranei? An maritus, si stante matrimonio rem emerit a cognato suo, vel retraxerit eam extraneo per cognatum venditam, & illa sic cesserit communionis jure uxori pro parte?*
19. *Si maritus stante matrimonio fundum emat & rursus vendat, retractum habent cognati uxoris & mariti, si fundus fuerit conjugum communis factus. Si plures vendiderint simul eundem fundum, an unius venditoris cognatus partem an totum retrahere possit?*
20. *Qua solemnitate retractus fiat in Hollandia? quid juris, si in forma peccatum sit?*
21. *Retractus tantum obtinet in immobilibus, & incorporalibus, quæ immobilibus hodierno jure accensentur; in Hollandia fere in prædiis tantum ruri, non in ædibus in urbe sitis; sive avita sint, sive per venditorem ipsum prius emta; sive allodialia sive feudalia: & an in curia feudali lis de retractu agitanda sit?*
22. *Si simul sint venditæ res retractum admittentes cum rebus retractum respuentibus, quo usque retractus tunc fieri possit?*
23. *Retractus tantum in emtione, & datione in solutum similibusque, ubi pretium apparet, locum habet. An in venditionibus subhastatione factis? Non in permutationibus, legatis. Quid si res partim vendita, partim donata sit?*
24. *An emtor & venditor mutuo consensu resiliendo ab emtione impedire possint jus retractus? An per adjectionem pacti, ut demum res sit vendita, si cognatus non retrahat? An per adjectionem pacti de retrovendendo? An per id, quod emtor intra tempus retractui præfinitum rursus eandem rem in extraneum alienavit? An tunc primi an secundi venditoris cognati potiores sint? Et quid tunc observandum sit ac reddendum per retrahentem?*
25. *De tempore intra quod retractus fieri debeat. An tempus illud currat a tempore venditionis, an a tempore traditionis? An currat ignoranti, & an adversus lapsum temporis restitutio in integrum dari debeat? An sufficiat extrajudicialis interpellatio intra tempus facta? an in jus vocatio?*
26. *Quæ per retrahentem emtori reddenda vel offerenda sint? An emtore ea non admittente depositio & consignatio necessaria sit?*
27. *Retrahens subintrat in locum emtoris. Quales fructus emtor retrahenti restituat?*
28. *Retrahenti competunt dilationes emptori ab initio datæ. Venditor de pretio residuo non contra emtorem, sed contra retrahentem agit, & vicissim retrahenti actiones dantur contra venditorem. Reviviscunt emtori jura omnia, quæ per emtionem extincta fuerant.*
29. *Onera rei imposita gravant retrahentem. Si dominus directus retrahat feudum venditum, imposita per vassallum servitutes durant, secus, si jure caducitatis feudum domino aperiretur. An retrahens solvat laudimia & alia onera, a quibus emtor ex privilegio personali liber erat? In retractu legali semel tantum laudimia & alia debentur, velut ex una emtione.*
30. *In concursu quinam potiores sint in jure retractus quoties pluribus ex diversis causis, vel ex eodem jure, retractus competit?*

1. Lex commissoria, in pignoribus improbata, at hic admissa, nihil aliud est, quam pactio emtioni in continenti adjecta, ut, nisi certo tempore pretium solvatur, res inemta sit. *l.* 2. *ff. h. t.* Quam *commissoriam* inde dici probabile est, quia, qui in talem legem seu pactum impingit, in universam impingit venditionem, sic ut deinceps vi hujus pacti venditio tota committatur arbitrio venditoris, aut rata futura, aut infirma, prout venditori visum fuerit. Magisque est, ut hac lege adjecta venditio pura censeatur quam conditionalis, quippe resolvenda potius per existentiam conditionis, quam per eam suspendenda, ubi id actum est, *ut res inemta sit. l.* 1. *ff. h. t. l.* 2. *Sabinus* 3. *ff. pro emtore.* Unde & periculum atque commodum rei, ac per traditionem dominium vel usucapiendi potestas, & fructuum percipiendorum jus, interim in emtorem transit, *l. lege fundo* 5. *ff. h. t.* Nulla tamen ratio juris impedit, quo minus lex quoque commissoria conditionalem possit venditionem facere, concepta legis formula, *ut si intra decem menses pretium solutum sit, res aureis decem emta habeatur.* Sane & in diem addictio, si formula vulgata concipiatur, æque ac lex commissoria, puram venditionem efficit, ut patet ex *l.* 2. §. *Sabinus* 5. junct. §. 4. *ff. pro emtore,* & tamen titulo superiore probatum abunde, pro varia formulæ conceptione vel puram vel conditionalem videri venditionem intercessisse. Firmumque pro hac opinione fundamentum est in *l. statuliber* 38. §. *ult. ff. ad leg. Falcid.* ubi dum Hermogenianus ait, *sub lege commissoria distractum, item ad diem addictum in dominio venditoris connumerari,* hoc ipso aperte significat, conditionalem fuisse tunc venditionem ex lege commissoria vel in diem addictione, cum utrobique toties, quoties pura venditio est, non in venditoris sed emtoris dominio interim res emta existat, *l. ubi autem* 4. §. *sed & Marcellus* 3. *ff. de in diem addictione, d. l.* 5. *ff. h. t.*

2. Adjicitur hæc pactio in venditoris gratiam, qui proinde uti ea, vel non uti potest, *l.* 2. *l.* 3. *ff. h. t.* Ut tamen protinus post diei lapsum statuere de eo debeat; nec si semel alterutrum elegerit, mutare deinceps ultra possit; cum electione prima jus emtori in continenti acquiratur, quod ei venditoris variatione auferendum non est, *l. fundus* 4. §. *eleganter* 2. *l. post diem* 7. *ff. h. t.* arg. *l. apud Aufidium* 20. *ff. de optione vel elect. legata.* Elegisse autem videtur legis commissoriæ remissionem, si post diem, lege commisso ria comprehensum, pretium vel usuras ejus ab emtore receperit aut exegerit, *l. de lege* 6. §. *ult. l.* 7. *ff. h. t. l.*

commissoria 4. C. de pactis inter emt. & vend. Sed si venditor declaret, se uti velle pacti hujus beneficio, ipso jure contractus resolvitur, ac res cum fructibus & accessionibus ad venditorem redit, quia nihil penes eum resistere oportet ex re, in qua fidem fefellit, *l. lege fundo* 5. *l.* 6. §. *idem* 1. *ff. h. t.* data venditori rei vendicatione, vel ex emto actione, utra ipse experiri maluerit, si verbis directis concepta fuerit lex commissoria, ut scilicet res inemta sit, *l. commissoria* 4. *C. de pactis inter emt. & vend. l. ult. in fine ff. h. t.* junct. *l. si fundus* 4. *ff. h. t. l. sed Celsus* 6. §. 1. *ff. de contrab. emt.* Secus si verbis tantum obliquis id actum fuerit, ut pretio non soluto *res reddatur*, *revertatur*, *ab emtione recedatur*; quippe quo casu non vindicatio, sed sola ex emto vendito actio datur, *l. qui ea lege* 3. *C. de pactis inter emt. & vendit.*

3. Sed & vicissim venditori incumbit, ut eam, quam accepit, emtori reddat pretii partem; nisi id pacto actum sit, ut partem pretii solutam perdat emtor in moræ pœnam, quo casu vicissim quoque apud eum medii temporis manerent fructus; & de eo casu, quo pactum in id nominatim conceptum fuit, accipiendum puto, quod ab Ulpiano post Neratium est traditum in *l. si fundus* 4. §. *sed, quod* 1. *ff. h. t.* Nam ut extra conventionem specialem pœnalem emtor soluta pretii parte caderet, admittendum non est, arg. *l. quod si minor* 24. §. *sed & si* 4. *ff. de minor.* 25. *annis*, *l. si vi vel metu* 3. *l.* 4. *C. de his quæ vi metusve causa.* Ne ea contingeret ratione, ut, quo quis in pretio solvendo promptior fuisset ac diligentior, eo magis puniretur; contra tanto minorem subiret jacturam, quanto fuisset negligentior in pretio numerando fideque implenda; atque ita diligentia damnosa evaderet, mora prodesset. Quod & in praxi docet Groenewegen ad *l.* 6. *ff. h. t.* & *ad Grotii manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *c.* 14. *n.* 78. Sane, si arrha data, aut quid aliud emtionis nomine per emtorem erogatum fuerit, veluti in symposium, instrumenti emtionalis confectionem, proxeneticum pararii, & si quæ sint alia his similia, ea emtori perire, nec oportere restitui, rationis est; cum per emtorem factum fuerit, quo minus legi adjectæ pareretur, nec permittendum ei fuerit impune fidem fallere, *l. de lege* 6. *pr. ff. h. t.* junct. *l.* 5. *in fine ff. h. t. l. sed & si* 25. *pr. ff. de petit. hered.* Quod enim specialiter pactum proponitur, ut pretio non soluto *arrham emtor perderet*, & inemta res esset, *l. ult. ff. h. t.* ex eo non recte collegeris pacti necessitatem ad arrhæ amissionem; cum novum non sit, pactionibus & illa inseri ex abundanti ac dubitationis tollendæ causa, quæ & citra pactum ex ipsa fluerent juris communis dispositione, *l. qui mutuam* 56. *ff. mandati.* Qua ratione etiam de fructuum restitutione pactum speciale legi commissoriæ adjectum proponitur in *l. sed Celsus* 6. §. *si fundus* 1. *ff. de contrab. emt.* quos tamen etiam, omissa pactione, reddi oportere non ambigitur. Sed nec pretii usuras emtori restitui æquum est, quippe quæ vel ex conventione vel ex mora præstandæ forent, quarum neutra intercessit ex parte venditoris; sed magis emtoris ipsius culpa ac mora dissolutio emtionis secuta est, cui sua non debuit ad usuras persequendas mora proficere. Ut proinde alia hic quam in addictione in diem, ratio sit, in qua neque per culpam neque per moram emtoris resolvi contractum expeditum est.

4. Committitur regulariter hæc lex commissoria per ipsum temporis adjecti lapsum, neque venditoris interpellatione opus est ad id, ut in mora emtor constituatur, cum dies abunde pro homine interpellet, *l. si fundus* 4. §. *ult. ff. h. t.* junct. *l. magnam* 12. *C. de contrabend. & commit. stipul.* Nisi pactum commissorium sine certi diei adjectione conceptum fuerit: (uti id fieri potest arg. *l.* 3. *ff. de contrab. emt.*) tunc enim, cum dies interpellare nequeat, hominis interpellatione opus est; quæ forte post sexaginta dierum lapsum fieri poterit, ut emtor in mora constituatur, arg. *l. quod si nolit* 31. §. *si quid ita* 22. *ff. de adilit. edicto.*

5. Cessat tamen pactionis hujus effectus quoties non per emtorem, sed per venditorem stetit, quo minus pretium sua die solutum sit; veluti si venditor ipse moram faciat in præstandis iis, quæ ex conventione ante pretii solutionem prestanda erant, veluti fidejussionem pro evictione, aut quid simile, *l. ult.* §. *emtor prædiorum* 1. *in fine ff. de rescind. vend.* vel fiscus aut alius venditoris creditor testato denunciaverit emtori, ne is venditori solvat, antequam sibi denunciantis satisfactum sit, *l. ult. ff. h. t.* Joh. Papon. *lib.* 12. *tit.* 10. *arresto* 2. vel nullum habeat emtor cui offerat, dum vel absens vel mortuus est venditor nec domi procuratorem reliquit, aut ejus defuncti hereditas adita non est, *l. si fundus* §. *ult. ff. h. t.* arg. *l. quod si nolit* 31. §. *in causa* 23. *ff. de ædil. edict. l. cum quidam* 17. §. *si pupillo* 3. *ff. de usuris.* Quod si præsens venditor sese subducat ac solutionem defugiat, consignatione ac depositione opus est, ut juri suo emtor consulat, *l. si a te* 7. *C. de pactis inter emt. & vendit.* & si emtor defuncto venditore, liberis ejus impuberibus ante diem appositam tutor datus sit, non aliter vim legis commissoriæ evitare potest, quam si vel reliquis pretium numeraverit contutoribus, vel illud rationibus tutelæ retulerit, *l. ult. in pr. ff. de rescind. vend.*

6. Legi commissoriæ simile est pactum, quo id agitur, ut, pretio intra certum tempus non soluto, liceat venditori rem alteri vendere periculo primi emtoris, si postea minoris distrahatur, *l. si fundus* 4. §. *in commissoriam* 3. *ff. h. t.*

7. Est & vicinum hisce pactum de retrovendendo, quo emtionibus adjecto id agitur, ut venditori liceat vel intra vel post certum tempus vel quandocunque redimere seu recipere rem, reddito pretio eodem, quod datum est, non eo, quod tempore redemtionis justum ac rei respondens videri posset, nisi aliud nominatim actum sit, *l. si vir* 12. *ff. de præscriptis verbis*, *l. si fundum* 2. *C. de pactis inter emt. & vendit. compositis*, *l. si creditor* 7. §. *illud* 1. *ff. de distract. pign. & hypoth. l. si cum venderet* 13. *ff. de pignorat. act.* Ex quali pacto venditori recuperare volenti personalis ex vendito, aut præscriptis verbis actio datur *d. ll.* non enim absurdum est, actione ex emto agi etiam ad emtionis ipsius prioris distractionem, *l. ex emto* 11. §. *is, qui vina* 6. *ff. de act. emt.* Quamvis hic vere non tam ad venditionis prioris, omni ex parte jam impletæ, resolutionem, quam potius ad novæ venditionis factum seu interpositionem agatur. Ut tamen ad officium ejus, qui retro venditionem postulat ab emtore refractario, omnino pertineat, pretium oblatum, nec acceptatum, deponere consignatum, arg. *l. nec creditores* 10. *C. de pignorat. act. l. si a te* 7. *C. de pactis inter emt. & vendit.* Sande *decis. Frisc. lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 18. Fachineus *controvers. lib.* 2.

cap. 42. Plane rei vindicatio venditori hoc casu accommodanda non est; cum obligatio tantum ad factum, puta retrovenditionem, pacto ex quo agitur, comprehensa sit: nisi id actum fuerit, ut pretio intra certum tempus restituto, *res inemta sit*, vel *venditor rem recipiat*; tunc enim electio venditori competit, utrum oblato pretio rem vindicare, an actione venditi repetere malit, arg. *l. si cum venderet* 13. *ff. de pignorat. act.* dummodo secundum mores hodiernos in immobilium venditione pactio talis solemni traditioni, coram lege loci faciendæ, inserta fuerit; cum alioquin nullum pactum immobilia soleat afficere ullo jure in re. Groenewegen *ad l.* 3. *C. da pactis inter emt. & vend.* & *ad l.* 3. *C. de condict. ob causam dat.* Ceterum uti solum pretium emtori offerendum est ad redemtionem faciendam, non item usuræ ejus; eo quod venditor in cujus gratiam redimendi jus pacto inductum fuit, nullam videri potest moram commisisse; ita nec emtor venditori redimenti ad medii temporis fructus restituendos obstrictus est, sed tantum ad eos, qui post moram, seu oblatum a venditore pretium, percepti sunt, *d. l.* 2. *in fine C. de pact. inter emt. & vend.* Magisque ex hujuscemodi pacto de retrovendendo nova venditio sequitur, quam venditionis prioris infirmatio sit, adeo ut & eam ob causam iterata laudemia aliaque onera similia præstanda veniant, velut ex repetita alienatione, uti plenius probatum *tit. si ager vectigalis id est emphyt. pet. n.* 31.

8. Agit autem ex hoc pacto non tantum venditor, sed & heres ejus, secundum ordinariam pactorum heredibus æque ac ipsis paciscentibus proficientium conditionem, arg. *l. si pactum* 9. *ff. de probation. l. veteris* 13. *C. de contrab. & committ. stipulat.* Berlichius *part.* 2. *conclus.* 40. *numer.* 70. 71 Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 32. *def.* 21. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *numer.* 4. usque adeo, ut, si quidam heredum redimere nolint, reliquis accrescat illud redimendi jus, Ant. Faber *C. lib.* 3. *t.* 25. *defin.* 2. Berlichius *d. part.* 2. *concl.* 40. *num.* 71. Quid, quod & extraneo hoc jus ex pacto competens cedi possit; cum personale non sit, & omnis actio vendi cedique possit, quæ nominatim excepta non est, arg. *l. ult. C. de hered. vel act. vendita*. Sande *de cessione actionum cap.* 5. *numer.* 29. Carpzovius *d. part.* 2. *constit.* 32. *def.* 20. Berlichius *part.* 2. *conclus.* 39. *numer.* 53. Leeuwen *d. loco.* Neque huic juri redimendi præscribi potest ullo tempore, si in perpetuum redimendi licentia pacto comprehensa sit; non magis, quam jure luendi pignoris, quod latius adstructum *t. de pignorat. act. num.* 7. Adde Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 18. *numer.* 4. 5. Si tamen primus emtor rem ea lege emtam rursus alteri simpliciter vendiderit, nullo retrovendendi pacto apposito, emtor secundus a venditore primo ad retrovenditionem compelli nequit, sed tantum adversus emtorem primum personalis actio ad id quod interest, peremtam alienando fuisse redimendi facultatem, intendi potest; cum pactum personam tantum obliget, at rem non afficiat, sic ut illa sine ullo onere in secundum emtorem translata sit, arg. *l. ult. §. Lucius Titius* 1. *ff. contrab. emt.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 36. *defin.* 2. Berlichius *pract. conclus. part.* 2. *conclus.* 40. *n.* 56. 57. Nisi in prima venditione rerum immobilium solemni traditionis coram lege loci factæ instrumento pacto talis retrovendendi inserta fuerit, atque ita res ipsa devincta, arg. *l. si creditor* 7. *§. ult. ff. de distract. pignor.* quod & supra notatum ex Groenewegio ad *l.* 3. *C. de pactis inter emt. & vend.* & *ad l.* 3. *C. de condict. ob caus. dat.* Adde Berlichium *d. part.* 2. *conclus.* 40. *n.* 59.

9. Juri redimendi, ex pacto competenti, proxime in multis, non tamen in omnibus, accedit jus retractus, quo qui gaudet, emtorem extraneum depellere potest, eodem oblato pretio, atque ita sibi rem emtam habere. Quale jus vel ex conventione competere potest, vel ex juris communis aut municipalis dispositione. Dummodo meminerimus, neminem sibi arrogare posse jus retractus legalis, nisi doceat, lege vel consuetudine loci, in quo immobilia sita sunt, illud retrahendi jus ex tali causa, ex qua retrahere vult, aut saltem alia plane simili, firmatum esse; cum utique hoc jus, depellens eum, qui legitimo modo rei dominium adeptus est, velut exorbitans a jure communi, contrarium rescripto Impp. in *l. dudum proximis* 14. *C. de contrab. emtione*, uti & libertati commerciorum, & a generalibus recedens justitiæ commutativæ præceptis, strictam videatur recipere debere interpretationem; etsi de cetero inficias iri nequeat, quin jus tale ipsi etiam juri divino originem debeat, ac non sine justis rationibus inductum sit, Jac. Coren *observ.* 52. *numer.* 62. 63. 64. 65. 66. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 31. *defin.* 2. & 22. Petrus Bort *de feudis part.* 5. *t.* 5. *cap.* 2. *numer.* 8. 9. *pag. mihi* 226. Leewen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *nu.* 9. Responsa JCtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 141. *numer.* 1.

10. Ex conventione jus retractus inter alia competit, cum id pacto emtioni adjecto actum fuit, *ut, si emtor rursus vendat, non alii, sed sibi* (venditori) *distrahat*, *l. qui fundum* 75. *ff. de contrab. emt.* Quo casu, si emtor cum extraneo de re illa certo pretio vendenda convenerit, id ipsum venditori primo denunciare debet, ut is, si ita videatur, intra duos a denunciatione menses declaret, se rem eodem velle pretio emtam habere: qui si toto illo bimestri spatio voluntatem suam non declaret, vel iuri retractus nominatim renunciet, ac consentiat in faciendam extraneo distractionem, non ultra deinceps vi pacti jus retractus exercere potest, arg. *l. qui Romæ* 122. *§. coheredes* 3. *ff. de verbor. obligat. l. ult. in fin. C. de jure emphyteut.* Berlichius *d. part.* 2. *conclus.* 40. *n.* 53. 54. 55. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 19. *num.* 8. Sande *decis. Frisc. lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 4. Non tamen hoc jus retractus conventionalis, ex pacto in casum venditionis concepto descendens, locum habet, si primus emtor alio, quam venditionis titulo, rem in extraneum transtulerit, veluti ex permutatione bona fide facta, vel donatione, vel testamentaria dispositione, vel jure successionis intestatæ, vel alia simili diversa ab emtione causa, Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 32. *defin.* 14. 16. 17. Berlichius *d. part.* 2. *conclus. pract.* 39. *numer.* 61. 62.

11. Ex legis dispositione rursus variis ex capitibus jus retractus descendere expeditum est. Sic enim domino directo ex vi dominii directi datum est jus protimeseos, quoties emphyteusin suam emphyteuta extraneo vendita, *l. fin. C. de jure emphyteut.* de quo latius *t. ff. si ager vectigalis id est emphyteut.*

petatur num. 22. Et quamvis jure civili cautum non inveniatur, emphyteutam gaudere jure protimesios cum dominus directus suum vendit directum dominium; probabile tamen est, ei hoc jus moribus hodiernis haud oportere denegari illis in locis, in quibus consuetudine receptum est, etiam dominum fundi censualis posse retractum facere, si is, cui census annuus debetur suum jus census extraneo distraxerit; (de quo mox) præsertim, cum effectu inspecto parum hodie census debitus distet a canone debito, & emphyteuses nostrates magis propter annui reditus seu canonis emolumentum, quam propter meliorationem faciendam, in agris etiam fertilissimis constitutæ sint, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 138. Datum & hoc jus domino directo feudi, quin & ipsi subinfeudanti, quoties secundum mores hodiernos vassallus, aut subinfeudatus, utile distraxit feudi dominium, si modo dominus directus retractum exercere volens necdum emtorem de feudo investiverit: eo quod investituræ interventu comprobasse videtur novum vassallum, suoque juri renunciasse, uti hæc prolixius prosequitur & explicat, ac in Brabantia quoque, qua parte Belgio fœderato paret, servari docet Petrus Bort *tract. de feudis Holland. part.* 5. *t.* 5. *cap.* 1. *num.* 2. *& multis seq. pag.* 217. *& seq.* Sociis quoque ratione partis per socium distractæ & confinibus jus hoc retrahendi in Rhenolandia ac Delflandia alibique tributum esse, idque convenienter constitutioni Friderici in *lib.* 5. *feud. t.* 13. monet Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 9. 10. & Groenewegen ad *l.* 3. *C. de commun. rer. alien.* (vide tamen Jac. Coren *observ.* 32. *num.* 58. *& seqq.*) uti & Mechliniæ, uti patet ex *legibus Mechlin. t.* 11. Adhæc variis in locis eum, cui census annus ex fundo vendito debetur, hoc jure retractus uti in fundo censuali vendito, post alios allegatos tradit Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 16. *num.* 35. Illis præterea, quibus res immobiles pignori obligatæ sunt, earum etiam publice venditarum retractus per integras sex septimanas quibusdam in locis concessus invenitur, quoties viliore pretio venditæ sunt, quam ut inde creditoribus hypothecariis satisfieri posset, Roseboon *costumen van Amsterdam t.* 35. *art.* 1. Quod & Hagæ consuetudine firmatum docet Leeuwen *censur. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *num.* 8. *vers. cujus beneficio.* Uti vice versa domini quoque prædiorum, quibus reditus redimibilis vel non redimibilis impositus est, venditum extraneo reditum recte retrahunt in Hollandia, & Mechlin. *Consuet. Mechlin. t.* 11. *art.* 7. Grotius *manud. ad jurispr. Holl. libr.* 3. *cap.* 16. *num.* 17. Insuper jurisdictionis dominum (*den Ambachtsheer*) post lapsum anni, intra quem reliquis retrahendi jus est, totis sex septimanis ad retractum faciendum plerisque in locis admitti, testis est Neostadius *Curiæ supr. decis.* 29. *in pr.* Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 16. (si modo vendita sint allodialia: non item feuda, ut adstruit Grotius in Responsis Juris Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 201. *male impresso* 301. *pag.* 538.) Quod & Prætori, seu Baillivo Rhenolandiæ eodem modo competere scribit Grotius *d. cap.* 16. *num.* 16. Aliis vero pagorum prætoribus in Rhenolandia jus tale non esse datum, licet quandoque per corruptelam ab iis usurpatum, decisum fuit; Appendix decisionum *post responsa Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 43. *post med.* Confer Petr. Bort *de feudis Holl. part.* 5. *exp.* 1. *n.* 6. *pag.* 219. Sed nec fructuario jus retrahendi competit, si suam proprietarius proprietatem alienaverit: non enim inter proprietarium ac fructuarium connexio, aut fundamentum, ex quo talis fructuarii ante emtores extraneos prælatio proflueret; cum ususfructus, qui a proprietate separatus est, neutiquam dominii pars sit, *l. recte dicimus* 25. *ff. de verb. signif.* (quod late probatum *t. de usufr. num.* 3.) ac proinde nec ullum inter dominicos ac fructuarios consortium appareat, aut communionis vel societatis jus, Castillo Sotomajor *de usufructu cap.* 74. *n.* 37. *& seqq.*

12. Præcipue vero usu comprobatum jus retractus, quod ex jure sanguinis defertur, & *gentilitium* dici potest, ac in plerisque locis Germaniæ, nec non in Gallia, Hispania, Italia, Burgundia, Brabantia, Flandria, Frisia, Zelandia, alibique admissum esse testantur Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 19. *in pr.* Mynsingerus *cent.* 3. *observ.* 51. *n.* 1. Jac. Coren. *obser.* 32. *n.* 3. *& seq.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 31. *defin.* 2. *n.* 9. ac collectis diligenter singularum regionum de retractu legibus, docet Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 21. Ultrajectinis tamen, atque etiam Gelris, ac Transisulanis, neutiquam legalis, sed tantum conventionalis retractus placuit, Fredericus a Sande *de feudis Gelriæ tract.* 3. *cap.* 5. *num.* 11. *in fin.* vers. *subinde item,* Christian. Rodenburch (notans Sandium quantum ad tradita de moribus Ultrajectinis) *de jure conjugum tract. prælimin. de statutor. diversit. t.* 2. *cap.* 5. *n.* 17. *in med.* Leeuwen *d. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 21. 8. 9. In Hollandia quoque nunquam universali consuetudine gentilitium retractum fuisse receptum, non uno in loco scriptum ab Hugone Grotio in Resp. ICtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 148. *num.* 2. & *consil.* 201. *pag.* 538. Sed tantum municipalibus quarundam urbium ac regionum legibus, idque non eodem modo, sed varie, veluti in Rhenolandia, Delflandia, Kennemaria, & regione Voornana, uti vult idem Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 4. & Groenewegen ad *l.* 3. *C. de commun. rerum alienat.* Quod tamen de Kennemaria ac Delflandia negat Leeuwen *d. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 21. *num.* 5. & non passim in Delflandia jus hoc servari, scripsit Groenewegen *in notis posterioribus ad Grotium d. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 3. *lit.* B.

13. Retractus hujus gentilitii fundamentum vel ex ipsis Romani juris principiis erui posse, non facile ibit inficias, quisquis consideraverit illud Caji: *Cum bona veneunt debitoris, in comparationem extranei, & ejus qui creditor cognaturve sit, potiorem haberi creditorem cognatumve, l. cum bona* 16. *ff. de reb. auctor. jud. possid. vel vend.* quodque ab Hermogeniano traditum, minorem adjectione pretii ab extraneo superatum, implorata in integrum restitutione audiendum esse, si forte majorum ejus fuisset illa res, & id, quod ex licitatione accessit, ipse offerat venditori, *l. si emtione* 35. *ff. de minorib.* 25. *annis,* sed & a Constantino vel quo alio Imperatore legem generalem fuisse latam, qua cognati poterant extraneos ab emtione amovere, si fides conjecturæ Jacobi Gothofredi ad *l.* 6. *C. Theodos. de contrah. emt.* Et quamvis hoc protimesios jus posteriore Imperatorum constitutione immutatum sit, neque ulla cognatis præ extraneis relicta prærogativa; dum in *l. dudum* 14. *C. de contrah. emt.* constituerunt: *Dudum quidem proximis consortibusque*

concessum fuisse, ut extraneos ab emtione removerent, neque homines suo arbitratu vendenda distraherent, sed quia gravis hæc videtur injuria, quæ inani honestatis colore velatur, ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur inviti, superiore lege cassata, unumquemque suo arbitratu quærere vel probare posse emtorem; sic ut & illud jus protimeseos ea lege sublatum videatur, quod ante consorti competebat, si pendente judicio communi dividundo suam sociorum unus partem vendidisset, juxta *l.* 1. *C. communi divid.* postea tamen Frederici constitutione rursus agnatis sociisque jus illud restitutum fuit; *l.* 4. *feudorum t.* 13. quæ deinceps probabiliter consuetudinibus plerarumque regionum de retractu occasionem præbuit, licet non omni ex parte per eas hanc Frederici constitutionem fuisse probatam, in aperto sit.

14. Retractum hunc jure sanguinis habent cognati, legitimo prognati matrimonio, aut legitimati; sive masculi, sive fœminæ, cum & mulieres, licet familiæ suæ caput & finis sint, *l. pronunciatio* 195. *ff. de verb. signif.* cognationis tamen & sanguinis vinculo etiam post nuptias junctæ maneant. Adoptivis vero non competit; cum ex commento adoptionis non nascatur jus sanguinis, *l. qui in adoptionem* 23. *ff. de adoptione* 23. *ff. de adoption.* arg. *l. fideicommissum a filiis* 76. *ff. de condit. & demonstrat.* neque etiam naturalibus tantum, arg. *l.* 2. §. *legitimos* 3. *ff. de excus. tut.* De conceptis post venditionem, variatum fuit, ut videri potest apud Joh. Papon *lib.* 11. *tit.* 7. *art.* 1. *& ibi notata.* De cetero, licet alibi illi cognati in jure retractus potiores sint, qui venditori proximiores sunt ex eo latere, unde res vendita profecta fuit; in Hollandia tamen sola sanguinis spectatur proximitas, adeo ut agnati proximi in retrahenda re immobili, quæ a materna provenit linea, cognatis in specie per matrem junctis, sed remotioribus, in concursu potiores sint, & vice versa, Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 7. In feudis tamen Hollandicis, uti in successione ab intestato cognati ultimi possessoris juncti ei ex illo latere, unde feuda provenerunt, potiores sunt aliis, alio ex latere defunctum contingentibus, licet gradu proximioribus; ita & eosdem potiores esse oportere in retractu faciendo, dicendum videtur: tum, quia tales potissimum per alienationem læsi atque fraudati sunt spe successionis; tum quia jus retractus fere regi solet secundum jus succedendi ab intestato; nisi aliud consuetudine inductum probetur, Jac. Coren *obs.* 32. *n.* 80. *& seqq. & in fine*, Petrus Bort *de feudis part.* 5. *t.* 5. *c.* 2. *n.* 14. 15. 16. *pag.* 227. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 208. Quo etiam fundamento, quod nempe jus successionis imitetur jus retractus, sic ut nec retrahant, qui ab intestato non succedunt, quod præter Jacobum Corem & Petrum Bort passim probant interpretes, Damhouderus *praxi civili c.* 265. *n.* 11. Tiraquellus de *retractu gentil.* §. 1. *gloss.* 8. *n.* 6. 7. 8. *& præcipue n.* 13. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *c.* 16. *n.* 7. *& lib.* 2. *c.* 30. *in pr.* tentari haud immerito possit, illis in Hollandiæ locis, quæ jure Scabinico utuntur, ad retractum admitti non debere gradu proximos ex linea paterna venditori junctos, quoties patre vivo, matre mortua, is prædium distraxit, & remotiores supersunt lineæ maternæ agnati retrahere volentes, aut vice versa; cum constet, eo jure nec parentem superstitem, nec superstitis cognatos, sed solo parenti prædefuncto sanguine junctos ad venditoris talis successionem ab intestato vocari, si non aliud inveterata consuetudine receptum probetur. Cumque jus successionis ab intestato olim in Hollandia quarto gradu circumscriptum fuerit, ac propterea jus quoque retractus eo gradu inveniatur limitatum, ut habet Grotius *d. lib.* 2. *cap.* 30. *in pr. & d. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 7. probabile omnino est, producta deinceps ad gradus ulteriores successionis intestatæ facultate, etiam remotiores a retrahendi potestate haud removendos esse, quoties in contrarium non extat loci hujus aut illius usus. Quin imo, cum matri atque spurii succedant, ac legitime nati, ratio non est, cur ad fundi a matre venditi retractum haud forent admittendi, arg. *l. si suspecta* 29. §. 1. *ff. de inoff. testam. l. si qua illustris* 5. *Cod. de senatusc. Orfitiam.* Tiraquellus *de retractu gentil.* §. 1. *gloss.* 8. *n.* 6. 7. 8. Sed an & illi, qui, cum proximi natura non essent, jure tamen repræsentationis cum proximioribus ab intestato vocantur, etiam in retractum cum iisdem concurrere possint, merito dubites; cum passim in statutis *proximorum* mentio fiat, & jus hoc retractus nostra lingua a proximitate *naastinge* denominatum sit.

15. Quia vero totum hoc jus retractus gentilitii sanguinis contemplatione inductum fuit, adeoque propter peculiarem retrahentis qualitatem, quæ in extraneis haud reperitur, consequens est, nec cessionis interventu id in extraneum posse transferri, sed omnino personalem esse eam cognationis & familiæ prærogativam, & quod in ceteris citra conventionem ex lege profluentibus retractus speciebus statuendum est, arg. *l. ex pluribus* 42. *ff. de admin. & peric. tut.* Tiraquellus *de retract. gentilit.* §. 26. *gloss.* 1. *n.* 1. Argentræus *tract. de laudemiis art.* 37. Sande *de cessione actior. cap.* 5. *n.* 28. Zoesius *de feudis c.* 15. *num.* 23. 24. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 31. *defin.* 19. Petrus Bort *de feudis part.* 5. *tit.* 5. *cap.* 2. *n.* 19. *pag.* 228. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *n.* 24. Sed nec cognatus ipse alteri, sed sibi soli, suamque in utilitatem retrahere potest; adeo ut & multis in locis, desiderante emtore, jurare teneatur, se ibi suumque in commodum nummisque suis retractum facere; quamvis ceteroquin haud intersit, an sponte sua, an vero alieno hortatu impulsuque, an dudum in arca servatis, an creditis seu mutuis aut credendis sibi nummis, & ita vi mutui propriis futuris, emtorem jure retractus depellat. Damhouderus *praxi civil. cap.* 265. *n.* 15. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 288. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 19. *n.* 10. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *n.* 13. 14.

16. Non etiam hoc jus retractus exercere potest secundum Friderici constitutionem, qui in cognatum venditorem gravem admisit ingratitudinis causam, *lib.* 5. *feudorum tit.* 13. *in med.* aut renunciavit juri retractus, sive expresse & propalam id fecerit, sive tacite rebus ipsis & factis; veluti si ipse emtori fuerit auctor emtionis, aut pararius ac proxeneta inter emtorem & venditorem, vel pro evictione apud emtorem fidejusserit, arg. *l. exceptione* 12. *C. de eviction. vindicantem* 17. *ff. eod. tit.* Ex eo sane solo, quod ei emtio rei a cognato oblata fuerit, atque ipse tunc emere detrectaverit, renunciatio retractus non satis colligitur; cum intervenire multa queant, quæ emtionem præsentem dissuadent, veluti minor in cognato quam extraneo emendi solertia, quo fit, ut satius sit jam

emtum retrahere, quam ab initio ad emtionem procedere, parata pecuniæ penuria, quæ tamen intra annum, retractui præfinitum, conquiri aliunde potest, & alia plura. Tiraquellus *de retractu gentilit.* §. 1. *gloss.* 9. *num.* 145. Sed nec ex eo, quod venditioni præsens fuit, & siluit: cum siluisse magis intelligatur, quia sciebat jus suum sibi integro anno vel alio tempore statuto durare, arg. *l. sicut re* 8. §. *non videtur* 15. *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* & ita demum præsens ac sciens & tacens pro consentiente ac juri suo renunciante habendus sit, si ipso invito negotium, quod gerebatur, geri non possit; cujus contrarium in nostro casu est, in quo cognatus nulla retractus conservandi protestatione potest venditioni efficaciter intercedere, eamque impedire. Tiraquellus *de retractu gentil. d.* §. 1. *gloss.* 9. *n.* 153. *& seqq.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 61. *in med.* Responsa Jurisc. Holland. *part.* 1. *consil.* 185. *quæst.* 2. Quin imo, ne is quidem, qui emtionis instrumento subscripsit tanquam testis, per id jure retractus se privasse dicendus est; cum subscriptione ista deceptus videri nequeat emtor, quippe qui scire potuit, atque etiam debuit, ex lege loci, in quo est res immobilis vendita, salvum cognatis retractum esse. Eoque facit *l. Titia* 34. §. *Lucia* 2. *ff. de legatis* 2. *l. Gajus Sejus* 39. *ff. de pignorat. act.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 5. *defin.* 8. Groenewegen ad *l.* 26. *ff. de pignor. & hypoth.* Quibus non adversatur, quod a Modestino scriptum est, filium, qui patris, mutuum ab extraneo accipientis ac scribere impediti, suasione & nomine chirographum scripserat sua manu, sub commemoratione domus ad filium pertinentis pignori dandæ, hoc ipso consensum ei obligationi dedisse, *l. fidejussor* 26. §. *pater* 1. *ff. de pignor. & hypoth.* quodque traditum a Marciano, creditorem hypothecarium in pignoris venditionem videri consensisse, si subscripserit in tabulis emtionis, *l. sicut re* 8. §. *non videtur* 15. *ff quib. mod. pign. vel hyp. solvitur.* Etenim diversitatis ea ratio est, quod, ut dictum, emtor scire potuit ac debuit, rem immobilem ex lege situs retractui petere: at e contrario emtor scire nec potuit nec debuit, rem, quæ oppignorabatur, non patris, sed ipsius filii chirographum scribentis propriam esse, vel creditori hypothecario tabulis emtionalibus subscribenti devinctam; ut proinde emtor merito videri posset silentio filii chirographum pro patre scribentis, vel creditoris emtioni subscribentis, deceptus esse, nisi ex silentio tali concurrente cum scriptione vel subscriptione leges scribentis consensum præsumsissent.

17. De cetero usque adeo jus retractus cognationi tributum est, ut & ipse venditoris filius, utcunque minorennis, atque adeo in patris potestate, retrahere fundum possit; non patri sed filio ipsi minorenni acquirendum, si modo legitima munitus curatorum auctoritate ad retractum accedat, *cap. constituimus* 8. *extra, de integr. restit.* Sande *decis. Frisic. libr.* 3. *t.* 5. *defin.* 7. *in fine.* Joh. Papon. *lib.* 11. *t.* 7. *art.* 2. Tiraquellus *de retractu gentilit.* §. 1. *gloss.* 9. *numer.* 47. Boerius *decis.* 12. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 155. Dissent. de minore Chassenæus *ad consuet. Burgund. rubr.* 10. §. 1. verbo *l'homme ou femme num.* 8. Sed & venditoris jam defuncti heredem, sive filius, sive remotior cognatus fuerit, rem a defuncto distractam retrahere posse, verius est; (licet id Frisiis displicuisse, testetur Sande *decis. Frisic. d. lib.* 3. *t.* 5. *defin.* 7.) cum non qua heres, nec ex defuncti capite, sed tanquam proximus venditoris cognatus, cui vivo adhuc venditore nec ullos heredes habente jam jus retractus ex lege vel more quæsitum fuerat, jus illud exerceat, nisi venditor insuper promisisset, se rem ab omni retractu gentilitio immunem liberamque præstiturum. Quamvis enim heres venire non possit contra factum defuncti, nec res suas per defunctum alienatas revocare pro ea parte, ex qua heres est, ac defunctum repræsentat, *l. cum a matre* 14. *C. de rei vindicat. l. si Titio* 22. *ff. de pignor. & hypoth.* regula tamen illa heredi non obstat in retractu faciendo, quoties venditioni promissio superior nominatim addita non est; cum retrahendo non intelligatur venire contra factum defuncti, aut illud impugnare, sed approbare magis ac confirmare, dum petit, se loco prioris emtoris substitui, atque ita venditionem non irritam constitui, sed magis in universum ratam habet, omni emtoris obligatione jureque in se translato. Tiraquellus *de retract. gentilit.* §. 1. *gloss.* 9. *num.* 47. *& seq.* Christinæus *vol.* 1. *decis.* 239. Sainson *ad consuet. Turonens. t.* 15. *art.* 5. *versu, dubitatur insuper*, Petrus Bort *de feudis Holland. part.* 5. *t.* 5. *cap.* 2. *n.* 20. 21. 22. *pag.* 228. & plures ab eo citati, Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *numer.* 22.

18. Quid, quod & ipse emtor certis in casibus ad retractum faciendum admitti potest. Si enim duos fingas simul uno pretio comparasse prædium ab eo, qui alterutri ementium cognatione junctus erat, vi quidem emtionis primæ cognatus emtor non nisi ex semisse emti fundi dominus effectus est; sed quia emtor alter extraneus est, a partis dimidiæ emtione consortem hunc consors cognatus jure depulerit. Sed & si maritum stante matrimonio rem a cognato suo emisse proponas, eamque vi statutariæ inter conjuges communionis uxori pro parte quæsitam esse, soluto matrimonio libera marito facultas est jure sanguinis retrahendi ab uxore vel heredibus ejus intra tempus retractui præfinitum hanc ipsam partem uxori communicatam, refusa dimidiata pretii parte. Abr. a Wesel *de connub. bonor. societ. tract.* 2. *cap. numer.* 36. Ant. Matthæus *parœmia* 3. *numer.* 12. Nam & si maritus stante matrimonio fundum a cognato alienatum retraxerit, & eum ita supponamus, jure communionis statutariæ, uxoris pro parte factum (licet id multi negent citati ab Abr. a Wesel *d. tract.* 2. *cap.* 2. *n.* 35.) jus ei esset retinendi ex jure retractus soluto matrimonio totum prædium, præstitis iis, quæ ex natura retractus præstanda sunt. Tiraquellus *de retractu gentilit.* §. 26. *gloss.* 1. *num.* 38.

19. Quod si maritus stante matrimonio fundum emerit, sic ut ille conjugali statutariæ vel pactitiæ cesserit communioni, iterumque divendat, fundi totius retractum facere promiscue possunt vel mariti, vel uxoris cognati; sufficitque adeo in Hollandia retrahentem alteri conjugum propinquum esse. Cum enim stante matrimonio fundus ille non pro diviso, sed pro indiviso, inter conjuges ita communis fuerit, ut nec dividi inter ipsos debuerit aut potuerit propter durantem in perpetuum, id est donec conjuges vivunt, conjugalem communionem, visum magis non partis dimidiæ sed prædii totius retractum alterutrius conjugis cognatis indulgeri. Neostadius *Curia supr. decis.* 29. Plane, extra illam individuam stante ma-

trimonio conjugalis communionis causam, etiam tunc, cum tres pluresve prædii unius pro indiviso domini uno illud pretio vendiderunt extraneo, proximo venditoris unius cognato non partis solius ad cognatum venditorem pertinentis, sed fundi solidi retrahenti facultatem dari oportere, responsum invenio, licet, reliquis portionum reliquarum dominis sanguine junctus non sit. Resp. lurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 17. & *part.* 4. *consil.* 344. Sed magis est, ut unius quidem venditoris cognato non ultra portionem illam, quæ ad venditorem cognatum pertinebat, retractus permitti debeat, si emtor reliquas aliorum venditorum partes sibi retinere, atque adeo fundum cum retrahente communem habere non aspernetur; cum retrahenti nulla fiat injuria, quod ita in communionem incidat, in quam & incideret, si re non vendita, cognato venditori tanquam heres successisset; ut tamen emtor audiendus sit, si partis retractum admittere nolit, dum forte partes reliquas emturus non fuisset, displicente ipsi communionis conditione, in quam per partis retractum incideret, & ad quam invitus nemo compellendus est, *l. si sortem* 26. §. *si centum* 4. *ff. de condict. indeb. l. ult. C. communi divid.* ac proinde tunc jure desiderare posset, ut a tota emtione recedatur, atque ita feudi totius retractum faciat, qui unum ex venditoribus cognatione contingit, ac inde exercere cupit retrahendi jus, arg. *l. tutor* 47. §. *curator* 1. *ff. de minor.* 25. *annis, l. si quis aliam* 46. *ff. de solutionib. d. l. si non sortem* 26. §. *si centum* 4. *ff. de condict. indeb. l. quod autem* 11. §. 1. *l.* 12. *l.* 13. *ff. de addict. in diem.* Confer Tiraquellum *de retract. gentilit.* §. 23. *gloss.* 1. *n.* 1. *& mult. seqq.*

20. Modum formamque retractus faciendi per Hollandiam describit Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *numer.* 13. 14. & si quid in forma retractui peragendo per statum præscripta omissum sit, retractus inutilis est. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 5. *defin.* 1. Tiraquellus *de retractu gentilit.* §. 8. *gloss.* 1. *in pr.*

21. Retractui huic gentilitio locus regulariter tantum est in rebus immobilibus, & incorporalibus, quæ immobilibus accenseri solent, veluti censibus, decimis, aliisque similibus distractis. Grotius *d. lib.* 3. *cap.* 16. *n.* 4. non item in mobilibus, Parens p. mem. Paulus Voet. *de natura mobil. & immobil. cap.* 20. *num.* 3. Ac in Hollandia quidem in solis agris, quæque iis implantata vel inædificata sunt, veluti pomariis, villis, tanquam fundorum accessionibus; nisi aliud consuetudine invaluisse probetur; cum alioquin inædificata ac implantata jus soli sequantur, arg. §. *cum in suo* 29. 30. 31. *instit. de rer. divis. & acquir. domin.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 331. non autem in ædibus in urbe positis. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 21. *numer.* 1. De cetero nunc interest apud nos utrum prædia avita fuerint, an nunquam ad majores pertinuerint, a venditore cognato recenter acquisita, licet alibi in solis avitis retractus admittatur, Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *numer.* 7. Leeuwen *cens. for. d. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *numer.* 16. Uti nec, utrum allodialia, an vero feudalia: nam & in feudis Hollandicis non modo domino directo, sed & cognatis vassalli feudum vendentis retrahendi facultatem competere, pluribus docet Petrus Bort *de feudis part.* 5. *t.* 5. *cap.* 2. *passim præcipue numer.* 14. 15. 16. *pag.* 227. de Zelandicis Jacobus Coren *observ.* 32. *num.* 72. *& seqq. ad num.* 80. Quo casu si emtor retractum pati nolit, ejus rei disceptatio coram judice feudali instituenda foret; præsertim cum nullus feudi retractum jure desideret, nisi prius de feudo illo per dominum directum investitus sit; etsi in non feudalibus retrahendis judici ordinarii notio sit, Bort *d. cap.* 2. *num.* 25. *& seqq. & num.* 29. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 185. *quæst.* 3. Groenewegen *ad Grotii manuduct. jurisprud. Holland. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 13.

22. Si res mobiles simul & immobiles, & generaliter res retractum admittentes cum rebus aliis retractum respuentibus uno pretio distractæ sint, emtor non aliarum rerum intuitu, quam quæ natura sua retractum patiuntur, ab emtione invitus depelli potest, reliquarum sibi servandarum facultate relicta, pretioque pro rata rerum per cognatum retractarum viri boni arbitratu recepto; nisi ipse satius duxerit a tota emtione recedere, ac res omnes simul emtas retrahenti restituere, dum forte eas, quæ retractui non subsunt, sine aliis retractui obnoxiis non fuisset emturus, arg. *l. tutor* 47. §. 1. *ff. de minor.* 25. *annis, l. si quis alium* 46. *ff. de solution.* Jacobus Corem *observat.* 32. *numer.* 56. 57. *& ibi adnotatis.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 5. *defin.* 10. Christinæus *vol.* 3. *decis.* 55. *num.* 4. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 20. *num.* 19. Petrus Bort *de feudis part.* 5. *t.* 5. *cap.* 1. *num.* 25 26. 27. *pag.* 223.

23. Uti autem non res omnes, ita nec quævis rerum retractui obnoxiarum alienationes gentilitium retractum admittunt, sed solæ venditiones, &, quæ venditionibus similes sunt, in solutum dationes, in quibus pretium, omnia æstimans, apparet, atque ita emptori reddi per retrahentem potest, arg. *l. si prædium* 4. *C. de eviction.* Ac ne omnes quidem venditiones, sed illæ solæ, quæ privatim contractæ sunt: nam etsi Gallis, Flandris aliisque placuerit, etiam publicis subhastationibus distracta immobilia jure sanguinis retractari posse, ut notat Groenewegen ad *l.* 16. *ff. de reb. auctor. jud. possidendis,* nostris tamen moribus passim fere contrarium receptum fuit, ut testis est Groenewegen *d. loco.* Hugo Grotius *manud. ad jurisprud: Holl. libr.* 3. *cap.* 16. *numer.* 5. 6. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 29. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 16. *num.* 41. *& seqq.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 95. *num.* 2. (*potius* 195. *n.* 2. *pag.* 353. *incipit A Koopman*) Plane in permutationibus retractui locus non est, nisi forte res utrimque vel ex uno latere æstimata & sic ex permutatione translata sit; cum ita pretium appareat, quod refundatur, magisque effectu inspecto emtio, aut in solutum datio, quam permutatio sit, arg. *l.* 1. *C. de rerum permutat.* Tiraquellus *de retract. gentilit.* §. 1. *gloss.* 14. *num.* 19. Petrus Bort *de feudis part.* 5. *t.* 5. *cap.* 1. *numer.* 19. *pag.* 222. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 153. Longe minus in transactionibus, donationibus, legatis, heredum institutionibus: eo quod in omnibus hisce pretium certum, quod per retrahentem restitueretur, intelligi non potest. Quod si partim res, partim pretium pro re detur, uti a potiori colligendum in dubio est, utrum emtio an magis permutatio contracta sit, ita quoque retractum concedi, vel denegari, moris est. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 19. *&* 20. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *con-*

vid. n. 257. Si partim res vendita partim donata dicatur magis est, ut ficta credi debeat donationis adjectio in fraudem retractus; ut proinde hoc in casu retractus perinde admittendus sit, ac si nulla donationis mentio facta ac nuda venditio celebrata esset, arg. *l. ab Anastasio* 23. §. 1. *C. mandati.* Hugo Grotius *d. cap.* 26. *num.* 19.

24. Posito vero contractu venditionis, adeoque terminis retractus habilibus, hoc natum cognato retrahendi jus impediri nequit per id, quod mutuo consensu emtor venditorque a contractu per traditionem impleto resiliunt; cum nemo consilium mutare queat in alterius detrimentum, *l. nemo potest* 75. *ff. de reg. juris*, nec jus alicui quæsitum sine facto ejus adimi possit, *l. id, quod nostrum* 11. *ff. de reg. juris*, §. 2. *in med. inst. de his qui sui vel alien. juris.* Tiraquellus *de retractu gentil.* §. 1. *gloss.* 2. *num.* 42. Christinæus *ad leg. Mechliniens. t.* 11. *art.* 18. *n.* 7. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 5. *defin.* 6. Uti nec ex eo, quod venditioni pactum fuit appositum, ut ita demum res sit vendita, si cognatus non retraxerit, cum pactio talis videri possit in fraudem legis retractum agnato tribuentis apposita, atque adeo contraria juri publico ad res in familiis conservandas stabilito, ac proinde privatorum pactis haudquaquam mutando; nisi forte peculiaris venditoris erga emtorem appareat ratio affectionis, cur illum solum sibi ipsi in re emta prætulerit, seu, apud illum magis quam apud se rem esse maluerit, sed magis apud se, quam apud ullos alios emtore excepto, arg. *l. jus publicum* 38. *ff. de pactis.* Tiraquellus *de retractu gentil.* §. 1. *gloss.* 2. *num.* 60. Petrus Bort *de feudis part.* 5. *t.* 5. *cap.* 1. *num.* 38. *pag.* 224. Sed nec per adjectionem pacti de retrovendendo retractui impedimentum strui, verius est; eo quod & salva esse potest pactionis hujus vis, & simul integrum cognato retractus jus; in quantum in locum emtoris ex retractu subintrans cognatus, & iisdem, quibus emtor, tenens rem conditionibus, venditori, id desideranti, ad retrovendendum obstrictus manet, interim ipse retractus gentilitii jure rem sibi emtam habens, donec id a venditore petitum fuerit. Denique jus hoc retrahenti cognato non perit, si forte primus emtor intra tempus retractui præfinitum, rem emtam rursus extraneo vendiderit atque tradiderit, aut alio quo modo alienaverit. Cum enim lege vel more inductum hoc jus res ipsas afficiat, tanquam continens prohibitionem alienationis in præjudicium cognatorum ultimi possessoris, quales legum prohibitiones rem ipsam comitantur, ut dictum *t. de contrah. emt. num.* 15. sicut & in rem & in personam actio pro retractu nata sit; vel secundum alios, actio personalis, sed in rem scripta. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 16. *num.* 21. 22. 23. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 19. *num.* 7. Christinæus *ad Leg. Mechlin. t.* 11. *art.* 5. *num.* 12. Atque insuper cognato jus retrahendi semel primæ venditionis intuitu quæsitum fuerit, nec facto tertii, novo emtoris primi & extranei contractu, adimi potuerit, uti paulo ante monitum, neque res inter alios acta aliis nocere debeat, aut privata cujusquam pactione lædi jus ceterorum, *l. Imperatores* 3. *ff. de transactione. l.* 1. 2. 3. *C. inter acta, vel judicata aliis non nocere*, consequens est, etiam ab emtore vel alio ex titulo possessore secundo vel tertio rem jure retractus per venditoris primi cognatum revocari posse; adeo ut, licet & emtoris primi cognatis ex venditione secunda inceperit competere retractus gentilitius, primi tamen venditoris cognatus tanquam antiquiore munitus jure in retrahendo potior sit. Boerius *decis.* 182. *nu.* 52. Sainson *ad consuet. Turonens. t.* 15. *art.* 5. *vers. est & alia*, Zoesius *ad Pand. h. t. de retractu num.* 124. Estque hoc in casu non consultum modo, sed & necessarium, ut & primus emtor, & is, in quem ille rursus rem alienavit, quive ejus possessor est, retractus faciendi causa citetur; possessor quidem non ad aliud, quam ut retractum fieri patiatur, & de possessione decedit, quippe jus omne suum habens a primo emtore, qui, si possedisset, possessionem restituere compulsus esset; at emtor primus ad id, ut omnia illa recipiat, quæ retrahenti incumbunt ex lege vel more præstanda: non enim emtori secundo ea, quæ is erogavit, per retrahentem restituenda sunt, sed potius emtori primo illa, quæ ipse ex prima emtione præstare debuit; cum utique non in secundi sed primi emtoris jus succedere desideret, qui retractum facit, nec ei vel prodesse vel obesse debeat, quod forte majore vel minore pretio aliisque vel levioribus vel gravioribus conditionibus rem emerit secundus, aut tali forte acquisiverit titulo, qui retractum non admittit, veluti ex donato aut permutatione. Confer Sainson *d. loco.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 155. & *part.* 5. *consil.* 160. *fere in pr.*

25. Non aliter tamen recte cognatus rem jure retractus sibi emtam habere potest, quam si tempora retractui postulando præfinita observet, & emtori primo præstanda præstet. Tempus quod attinet, ex Friderici constitutione triginta dies ad retractum faciendum concessi sunt, *lib.* 5. *feud. t.* 13. plurimorum vero locorum statutis annus continuus, seu simpliciter *annus*; aliis annus utilis, seu *annus & dies*, quo annus naturalis cum sex septimanarum adjectione videtur designari, ut docet Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 32. *defin.* 4. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *num.* 8. *versu, utrum*, alii alia tempora breviora; quæ ex regionum singularum de retractu conceptis legibus speciatim petenda sunt. Sed uti tempora hac in parte variant, ita nec illud expeditum satis, ex quo tempore spatium retrahendis rebus divenditis præscriptum computandum sit. Quibusdam enim placuit statim a perfecta consensu venditione tempus currere, licet res tradita nondum sit; sed minus recte; cum retractus ratio sit, ne res alienetur extra familiam, alienatio vero non nudis conventionibus, sed demum subsecuta traditione fiat, *l. traditionibus* 20. *C. de pactis*, unde & in rebus alienis per cognatum distractis retractum cessare, communiter receptum est. Censuerunt alii non nisi a tempore scientiæ cursum inchoari, ignorantibus id tempus non labi, ac circa scientiam aut ignorantiam, deficientibus aliis probationibus, juri jurando retrahenti standum esse, quod & in Hollandia servari tradit Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *c.* 16. *n.* 11. 12. Leeuwen *censur. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *n.* 11. Aliis denique visum magis, a primo traditionis momento consanguineis, sive scientibus, sive ignorantibus, fluere retractus tempora; usque adeo, ut neque ignorantibus, neque absentibus, neque pupillis aut minoribus aliisque similibus, restitutio in integrum adversus istius spatii decursum tribui debeat ad retractum faciendum, tum quia ex retractu venditio

præter jus commune emtoris intuitu in irritum deducitur, quod odiosum, aut saltem interpretatione benigniore juvandum non est; tum quia illi, qui contra temporis talis lapsum restitui desiderant, ut ad alienam possint emtionem venire, non tam de damno evitando quam potius de lucro in emtoris præjudicium captando agunt, quo casu restitutio vix concedenda, arg. *l. sciendum est* 18. 19. 20. *ff. ex quib. causis majores*. Tiraquellus *de retractu gentilit.* §. 35. *gloss.* 2. *num.* 3. *& seqq.* Christinæus *ad Leg. Mechlin. t.* 11. *art. n.* 9. 10. 11. Joh. Papon *lib.* 11. *t.* 7. *art.* 21. & hoc jure Hollandos uti scribit Neostadius *supr. Cur. decis.* 29. Petrus Bort *de feudis part.* 5. *t.* 5. *cap.* 1. *num.* 1. *pag.* 217. Respons. Jurisc. Holland. *part.* 5. *consil.* 160. cumque fundamento sat firmo nitatur hæc sententia posterior, ei in dubio adhærendum crediderim, quoties neque lege municipali neque consuetudine inveterata contrarium inductum est. Et quamvis extrajudicialis interpellatio ad retractum intra annum facta haud sufficiat ad interrumpendam temporalem hanc præscriptionem, suffecerit tamen ante temporis præfiniti lapsum emtorem retrahendi gratia in jus vocatum esse, neque necesse, ut litis contestatio ea de re ante temporis præscripti finem interponatur: ita post Tiraquellum *de retract. gentil.* §. 8. *gloss.* 2. *n.* 1. & alios, Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *n.* 11. *versu, quando*.

26. Per retrahentem præstanda quod spectat, sciendum est, reddi oportere emtori retractum patienti totum pretium, si is illud jam solverat, una cum arrha per eum data ac laudemiis tributisque per eum depensis, meliorationibus medio tempore factis, ut ita indemnis servetur, nec non duplicata quantitate ejus, quod ex pacto in symposium ab emtore erogatum est, secundum Hollandiæ mores, teste Grotio *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 15. etiamsi forte emtori venditor postea partem pretii remisisset, vel aliud loco pretii in solutum datum esset, si modo omnia ab initio bona fide gesta sint, arg. *l. pretii* 9. *C. de rescind. vend.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 202. *vers. Vvant voor eerst seer.* Quæ omnia simul & semel legitimo oblata modo si emtor recipere detrectet, dum forte retractum pati non vult, ex juris quidem Romani principiis consignatio eorum ac depositio facienda foret, uti eam in casu pacti commissorii necessariam esse supra *num.* 5. probatum est: sed in Hollandia solam sufficere realem oblationem legitime factam, nec depositione opus esse, judicatum fuit; eo quod frequenter dilatio solutionis emtori concedi solet, ac annua bima trima die solvendi facultas; quo ipso eveniret, retrahentem deterioris fore conditionis, quam emtorem, si per depositionem maturius careret nummorum usu, cum nondum omnium pensionum dies cessissent, Groenewegen ad *Grotium. d. lib.* 3. *cap.* 16. *n.* 13. Leeuwen *cens. for. pag.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *n.* 13.

27. Effectus retractus in genere est, quod retrahens in universum ita subintret in locum emtoris, ac si non emtor, sed ipse statim ab initio rem retractam comparasset: eo excepto, quod emtor fructus medio tempore inter emtionem & retractum petitum pretiumque consignatum perceptos reddere retrahenti haud teneatur, etiamsi necdum eos consumsisset; sed tantum retractus petiti & pretii consignati tempore pendentes tanquam ipsius fundi partes, arg. *l. Herennius* 42. *ff. de usuris*, uti & eos, qui tempore traditionis ex causa emtionis factæ necdum a solo separati, una cum fundo fuerant in emtorem translati, quorumque intuitu procul dubio pretium majus constitutum fuit, tunc iterum per retrahentem emtori refundendum, Zoesius ad *Pand. h. t. de retractu num.* 125. Quod enim attinet fructus reliquos medio tempore per emtorem perceptos, & adhuc extantes, cum non ex jure possessionis bonæ vel malæ fidei eos emtor ex fundo collegerit, sed ex dominii jure, quod titulo emtionis in fundo habebat, eos suos fecerit, atque interim pretio rei emtæ caruerit, ac denique retrahens sibi imputare debeat, quod deliberando diutius retractum distulerit, non recte ad hunc casum produci potest id, quod de fructibus a bonæ fidei possessore perceptis, vindicanti restituendis invenitur traditum in §. 2. *Inst. de offic. judicis*, *l. sed & loci* 4. §. *post litem* 2. *ff. finium regund.* Zoesius *d. num.* 125. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *num. ult.*

28. In ceteris ita emtoris partes retrahens obtinet, ut eædem ipsi circa pretii solutionem dilationes competat, quæ emtori fuerant ex conventione indultæ, arg. *l. ult.* §. *ult. C. de usuris rei judicatæ*, Tiraquellus *de retract. gentilit.* §. 1. *gloss.* 18. *n.* 34. *& seqq.* nec ultra adversus emtorem, sed magis contra retrahentem venditor de pretio residuo experiri debeat, obligatione omni inter venditorem primumque emtorem per retractum extincta. Uti vice versa retrahenti experiundi potestas est, si quis venditoris dolus intercesserit, aut enormis læsio, per quam emtor captus in damno hæsisset, Sande *decis. Frisc. libr.* 3. *t.* 5. *defin.* 12. Tiraquellus *de retract. gentil.* §. 29. *gloss.* 2. *num.* 2. *& seqq.* Sed & emtori reviviscunt omnia jura illa, quæ per acquisitum emtæ rei dominium extincta fuerant: neque dubium, quin ei, si simul ante emtionem emti prædii conductus fuerit, vel usumfructum ejus habuerit, vel servitutes quædam reales prædio proprio emtoris, vel a proprio emtoris prædio, debitæ fuerint, retractu facto redintegretur conductionis jus in tempus reliquum locatione comprehensum, & usufructus ac prædiales renascantur servitutes, arg. *l.* 2. §. *cum quis debitori* 18. & 19. *ff. de hered. vel act. vend.* & arg. *l. idem Neratius* 5. §. *ult. ff. de usufr. access. l. ult. ff. de minor.* 25. *annis l.* 1. 2. *C. si adversus transact. l.* 1. §. *ult. l. quamvis* 8. §. *quanquam* 11. *& seqq. l. si mulier* 14. *ff. ad Senatusc. Vellejanum*, Tiraquellus de *retract. gentil.* §. 1. *gloss.* 7. *n.* 73. *& seqq.* Neostadius *Curiæ supr. dec.* 30. Abr. a Wesel *ad novell. const. Ultraject. art.* 19. *n.* 24. 25. & plures ibidem allegati.

29. Onera quoque rei imposita, quibus emtor gravatus fuisset si rem ex emto retinuisset, vicissim retrahentem gravare, verius est; adeo ut, si forte dominus directus feudum a vassallo divenditum retraxerit, cui is in vicinorum gratiam prædiales quasdam servitutes imposuerat, non liberum, sed servitutibus hisce obnoxium feudum acquisiturus sit. Licet enim impositæ per vassallum servitutes evanescant, quoties feudum ex defectu cognationis domino apertum est, *lib.* 2. *feud. t.* 8. §. *vi autem*, aliud tamen dicendum, si ex retractu feudum quæsierit, cum ita non domini directi, sed emtoris extranei jure censendus sit, quippe non caducitatis, sed emtionis titulo feudum tenens, Petrus Bort de *feudis part.* 5. *t.* 5. *cap.* 1. *n.* 28. 223. Quod si emtor ex quodam privilegio a

laudimiorum quorundam aut aliorum onerum emtionis nomine dominis directis aut fisco pendendorum solutione immunis sit; non tamen id privilegium, utpote personale, retrahenti prodest, sed is perinde ad hæc omnia solvenda obstrictus est, ac si nulla interveniente emtoris extranei privilegiata persona ipse primitus a cognato per emtionem dominium adeptus esset; cum constet, personalia privilegia non posse egredi personas illas, quæ præcipuum meruerunt favorem, quarumque intuitu inducta sunt, arg. *l. ex pluribus 42. ff. de administrat. & peric. tut.* Zoesius *ad Pand. h. t. de retractu. n.* 127. Ant. Matthæus *de auction. lib. 2. cap. 7. numer.* 71. Quamvis de cetero inter omnes constare videatur, retrahentem ad nova laudemia aliaque onera similia obligatum non esse, quoties non ex pacto de retrovendendo, sed ex lege vel consuetudine retractus descendit; eo quod non duplicata sed una tantum intelligitur emtio, contractus unus, quem retrahens ipse inivisse censetur, dum emtore depulso in locum ejus velut emtor succedit, & omnem contractus effectum in se transfert, Tiraquellus de *retract. gentil. §. 29. gloss. 2. n. 1. & seqq.* Argentræus *tract. de Laudemiis art.* 37. *& seqq.* Carpzovius *defin. for. pars. 2. const.* 33. *defin.* 8. Zoesius *ad Pand. h. t. de retractu n.* 127.

30. Illud excutiendum restat, qui in retractu potiores sint, præcipue si inter eos quæstio sit, qui diversis causis retractum desiderant. Omnibus quidem aliis, atque ipsis etiam dominis directis ac cognatis potiorem placuit esse causam ejus, qui retractum conventionalem exercere cœpit; cum provisio hominis potentior plerumque sit provisione legis, Jac. Coren *observ.* 32. *n.* 38. 39. Ant. Matthæus *de auction. lib. 1. cap. 16. n.* 46. 47. Resp. Jurisc. Holl. *part. 2. consil.* 310. *in med.* Dominus quoque directus feudi retracti, & eadem ratione dominus directus emphyteuseos, præferendus videtur agnatis vassalli vel emphyteuticario vel feudali fundo distracto; quia ab hisce res primitus profecta est, *Berlichius dec.* 98. *n.* 13. Ut tamen in feudis Hollandiæ hereditariis (*onversterfelyke erflehenen*) cognatorum potentius videtur jus retrahendi, quam domini directi; quia plerumque hæc non a domino directo primitus vassallis collata fuerunt, sed ab eo tantum jure feudi recepta, cum prius essent plenè jure allodialis illorum, qui ex peculiaribus ex causis voluerunt in posterum jure feudi possidere, Petrus Bort *de feudis part.* 5. *t.* 5. *cap.* 1. *n.* 25. 29. *& seqq. pag.* 222. *& seqq.* nisi feuda talia ipsi domino directo supremo distracta fuissent, quippe qui tunc nec ab agnatis vassalli venditoris retractum pateretur, Bort *d. cap.* 1. *num.* 87. Sociis quod attinet, Mechliniensi lege definitum, eos cognatis usque adeo potiores esse oportere, ut partem a cognato jam retractam retrahere sibi socii ipsi possint, *Leg. Mechlin. t.* 11. *art.* 3. quod tamen in Hollandia non obtinet, nisi socius simul venditori cognatione junctus sit, Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 9. Jac. Coren *observ.* 32. *num.* 59. 60. Appendix decis. *part. resp. Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 51. *in fine &* 52. alioquin socios ac confines cognatis postponi auctor est idem Grotius *d. cap.* 16. *n.* 10. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *num.* 20. 26. Similiter apud nos cognatis, atque ipsis etiam sociis ac confinibus, ubi hos quoque admitti moris est, in jure retractus cedit dominus jurisdictionis (*den Ambachtsheer*) aliique ei similes, quippe qui non nisi lapso tempore, reliquis ad retrahendum præfinito, ad retractum admittuntur, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 19. Grotius *d. cap.* 16. *n.* 16. Quod si non ex diverso sed eodem jure plures retractum facere velint, inter cognatos in concursu is potior est, qui gradu propiore venditorem contingit; si gradu pari, is, qui simul prædii venditi intuitu socius aut confinis est, ut ante dictum. Si ex pluribus neque propinquis unus emtor sit, a reliquis eodem gradu junctis retractum haud patitur: si emtor cognatus quidem sit, sed gradu remotior, proximioribus adhuc libera retrahendi facultas est, Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 7. Jacob. Coren *observ.* 32. *n.* 38. 39. De cetero, licet in aliis plerisque locis remotior retrahere quidem possit, dum proximior deliberat, sed proximiori postmodum intra tempus legitimum retrahere volenti cedere teneatur, in Hollandia tamen præventioni locus est; adeo ut, si omnes ejusdem gradus cognati simul eodem tempore ad retractum veniant, inter eos res ex retractu communis fiat; si vero unus ex pluribus proximis ejusdem gradus cognatis retractum fecerit, rem totam sibi habeat, nec reliquos ejusdem gradus ultra in partem admittere teneatur, etsi intra legitimum tempus venientes. Idemque servatur, si remotior gradu proximiorem cognatum maturiore præveuerit retractus interpositione, Hugo Grotius *d. lib.* 3. *cap.* 16. *n.* 7. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *n.* 20. 21. Petrus Bort *de feudis part.* 5. *t.* 5. *cap.* 2. *n.* 18. *pag.* 227. *in fine.* Si plures sint socii, is in concursu præferendus videtur, qui majore ex parte socius fuit; quod & lege Mechliniensi cautum *t.* 11. *art.* 6. Si plures confines, is, cujus prædium majore latitudine contingit prædii distracti fines, nisi confinis alter simul emtor sit, Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *n.* 26. Atque hæc ex usu nostro de retractu sufficiant. Plura qui cupit, adeat Tiraquellum *de retractu*, Christinæum ad *Leg. Mechlin. t.* 11. Zoesius *ad Pand. h. t. de lege commissoria*, Berlichium *conclus. pract. part.* 2. *conclus.* 39. 40. 41.

TITULUS IV.

De Hereditate vel actione vendita.

SUMMARIA.

1. *Ad venditionem hereditatis non est opus inventarii confectione. Quæ emtori hereditatis tradenda aut cedenda sint; quid juris circa onera & commoda quæsita occasione rei, quam nominatim exceperat venditor hereditatis? An actionibus non cessis utiles competant emtori hereditatis.*
2. *Præstet venditor hereditatis damna & lucra contingentia per lucrum ejus culpam. Quid juris, si venditor hereditatis transegerit cum debitoribus hereditariis, vel res singulares hereditarias vendiderit, donaverit ante vel post venditionem hereditatis?*
3. *An jus accrescendi et an emolumentum juris accrescendi in emtorem transeat, prolixe excutitur.*
4. *An venditor de rerum singularum hereditariarum evictione teneatur? an de evictione juris hereditarii aut partis ejus? quid intersit inter vendi-*

tam hereditatem viventis, et eam, quæ defuncti quidem est, sed ad venditorem non pertinet, vel fideicommissaria tantum est, cum vendita esset ut directa?

5. *Venditor hereditatis non tradit ea, quæ nominatim excepit, nec indebite acceptum. An id quod pœnæ nomine consecutus est? An hereditatem impuberis ex substitutione quæsitam, cum patris substituentis hereditatem vendidisset?*

6. *Emtor hereditatis debet suscipere defensionem venditoris per creditores hereditarios conventi. An invitus possit ipse conveniri per creditores hereditarios? quid moribus? An creditores inviti teneantur convenire emtorem? An si convenerint emtorem, deinde iterum ad venditorem hereditatis redire possint?*

7. *Repetit venditor hereditatis ea, quæ propter hereditatem erogavit; quod exemplis docetur. An & si ex parte heres integrum debitum hereditarium ex justa causa solverit, & partes a coheredibus cæteris recuperare nequeat? An si indebitum solverit? Petit & redintegrari servitutes, sibi a defuncto debita vel legata solvi.*

8. *Recensentur singularia quædam; quando non privatus sed fiscus vendidit hereditatem.*

9. *Vendi potest actio vel pure vel sub conditione; & vel pura vel conditionalis; nec semper tunc idem venditionis effectus est. An & in rem actio, &* universitas actionum, & incertum actionis *vendi possit?*

10. *Non potest vendi popularis actio, nec moribus nostris actio ad mercedem eorum, qui adhuc in India degunt.*

11. *Actio vendita cedi debet. Quo modo nunc cedendæ sint actiones seu partes societatis Indiæ Orientalis vel Occidentalis? Uti & actiones hypotheca immobilium munitæ?*

12. *Cedendæ emtori nominis actiones principales & accessoriæ contra fidejussores ac pro pignorum persecutione. An in emtorem actionis transeant privilegia actioni aut personæ cohærentia. An & jus paratæ executionis ex pacto competens? Quid si ex actione vendita jam aliquid pervenerit ad venditorem?*

13. *Quæ cedens agere aut pati tenetur, ea quoque cessionarius facere aut pati debet, etiam rationes, calendaria cedentis edere. An cessionarius etiam in cessis sibi actionibus uti possit suo privilegio personali ex suo capite? Notatur singulare jus fisci.*

14. *Venditor actionis an & quando teneatur præstare debitorem locupletem? Et quid si nomen sit venditum,* tanquam bonum?

15. *An post cessionem cedens adhuc agere possit, & in concursu cedentis ac cessionarii uter in agendo præferendus sit? An & quando debitor recte solvat cedenti ac liberetur, quando non; & quid moribus nostris?*

16. *An cedens revocare possit cessionem actionis venditæ aut donatæ, si cessionarius non pareat conditionibus appositis? An mutuo consensu cedentis & cessionarii cessio resolvi possit, invito debitore? Et an debitori sic pereat jus retrahendi actionem venditam, aut fisco suum tributum ex venditione debitum?*

17. *Quis potior sit, si eadem actio duobus separatim vendita ac cessa sit diversis temporibus?*

18. *Emtor nominis non plus exigere potest, quam quantum vere pretii nomine numeraverit, licet reliquum ei dicatur donatum esse a nominis venditore. Et quid moribus per cessionarium jurari debeat? An idem obtineat in datione in solutum? An in permutatione actionis?*

19. *Intra quantum temporis spatium retractus nominis faciendus sit?*

20. *Quando cesset jus retrahendi nomen venditum? Ubi de nominibus in hereditate vendita comprehensis; vel contentis sub vendita nominum universitate, seu vendito toto calendario; de venditis auctione publica; ac denique venditis tempore belli aut alterius calamitatis, unde periculum inanis actionis metuendum est.*

1. Inter res incorporales, venditionem recipientes, præcipue hereditas & actio numeratur. Hereditas quidem non viventis, sed defuncti *l. 1. ff. h. t.* eaque vel directa, vel fideicommissaria, *l. si quasi heres* 16. *ff. h. t.* Ad cujus distractionem inventarii confectione opus non est; eo quod tunc non hereditatis, sed rerum singularium hereditariarum videretur venditio, & perinde illud habendum esset, ac si res plures una fuissent venditione comprehensæ, arg. *l. qui filiifam.* 14. §. 1. *l.* 15. *ff. h. t.* Vendita vero hereditate licet emtor heres non fiat, dum is, qui semel heres extitit, non potest desinere heres esse, *l. ei, qui* 88. *ff. de hered. Inst. l. ait prætor* 7. §. *sed quod* 10. *in fine ff. de minor.* 25. *annis*, vicem tamen heredis sustinet, *l. 2. §. cum quis* 18. *ff. h. t.* cum id inter emtorem & venditorem actum intelligatur, ut neque amplius, neque minus juris emtor habeat, quam apud heredem futurum esset, *l. 2. pr. & §. non tantum* 4. *ff. h. t.* ac proinde & lucrum omne & damnum hereditarium ad eum respiciat, *d. l. 2. §. sicuti* 9. *ff. h. t.* nisi quid nominatim exceptum fuerit; quo tamen casu id tantum in dubio penes heredem remanebit, quod exceptum fuit, non item res aliæ aliave jura, quæ rei exceptæ occasione quæsita sunt, *l. ult. ff. h. t.* uti ex adverso nec ea quoque onera, quæ rem exceptam comitantur, venditorem gravant, si ante venditionem jam cœperant esse debita: nam & si ædes vitiosæ exceptæ sint, quarum intuitu cautio damni infecti nomine præstita fuerat, ejus quidem damni nomine, quod ante venditionem datum fuerit, onus ad emtorem, alterius temporis ad heredem pertinere placuit, si non aliud actum appareat, *l. 2. §. si venditor* 14. *ff. h. t.* Adde *d. l. 2. §. apud Julianum* 12. 13. *ff. h. t.* His consequens est, ut omne illud, quod ad heredem vendentem pervenit a morte defuncti usque ad tempus venditionis, emtori præstari debeat, *l. 2. §. 1. ff. h. t.* atque adeo omnia tradi corporalia, sive in hereditate reperta sint, sive, cum hereditati deberentur, per heredem exacta fuerint, *l. 2. §. pervenisse* 3. *l. qui filiifam.* 14. §. 1. *ff. h. t. l. qui nondum* 4. *C. h. t.* Actiones cedi tum principales tum accessoriæ, sive eas ipse acquisiverit, novatione facta, fidejussore, vel pignore accepto, aliisque modis; sive jam ante ipsi fuerint defuncto quæsitæ, *d. l. 2. §. pervenisse* 3. & §. *non solum* 8. *ff. h. t.* ut eas deinceps emtor suo periculo sumtuque

exerceat, *l.* 1. *C. de eviction.* quibus tamen non cessis, utiles nihilominus actiones emtori accommodantur ex constitutione D. Pii, usque adeo ut in concursu emtoris ac venditoris reus conventus emtori solvere possit, venditore per exceptionem repellendo, *l. si cum emtore* 16. *ff. de pactis*, *l. emtor* 4. *C. h. t.* si modo actiones directæ, quarum loco hæ utiles subsidiariæ dandæ forent, ipsi defuncto competere inceperint: nam si per ipsum demum heredem hereditatis occasione acquisitæ sint, dum vel pignora aut fidejussores pro debito hereditario nactus est, vel pecunias hereditarias alteri credidit, & in eam causam pignora accepit, ne utiles quidem emtori hereditatis dandæ forent, sed omnimodo cessione opus est, arg. *l. si heres pecuniam* 73. *ff. ad Senatusc. Trebell.*

2. Præstat insuper venditor hereditatis damnum omne emergens, & lucrum omne cessans, quoties per dolum aut latam levemve culpam ejus id accidit, veluti si debitorem hereditarium acceptilatione liberaverit, vel id egerit, ne proprietas aut possessio acquireretur hereditati, cum adipisci potuisset, *l.* 2. *§. sed & si* 5. junct. *l.* 3. *ff. h. t. l. in illa stipulatione* 54. *§.* 1. *ff. de verbor. obligat.* arg. *l. sed & si* 25. *§. perinde* 8. & 9. *ff. de petit. hered.* Unde &, si venditor hereditatis cum debitore hereditario transegerit aut pactus sit sive ante venditionem, sive postea, sed antequam debitori innotuerat venditio, emtori adversus venditorem ex emto actio danda foret ad id, quanto minoris valet hereditas ob peremptum pacto vel transactione agendi jus; cum utique debitor, bona fide paciscens aut transigens cum venditore, possit sese propter ignorantiam suam adversus emtorem pacti vel transactionis exceptione tueri. Diversum plane foret, si post venditionem debitor venditionis haud ignarus, tamen cum venditore paciscendum duxerit, aut transigendum; cum enim dolo non careat; quod cum alio, quam ad quem ea res pertinet, transegerit, replicatione doli exceptio transactionis per emtorem elidi potest, *l. ult. ff. de transaction.* arg. *d. l.* 2. *§. sed & si* 5. *ff. h. t.* Sed &, si res hereditarias a venditore alteri distractas aut donatas concipiamus, si quidem id ante venditionem hereditatis factum sit, donatarum quidem justum pretium, venditarum vero pretium tale, quale inde bona fide redactum, etsi consumtum, emtori hereditatis præstandum est, *l.* 2. *§. pervenisse* 3. *ff. h. t.* sin post venditionem, antequam res ipsæ hereditariæ emtori hereditatis traditæ essent, ad id quod interest venditorem emtori hereditatis teneri constitutum est: cum enim venditor, antequam res hereditarias emtori hereditatis tradidisset, dominus earum esse perseveraverit, tradendo eas aliis dominium quidem transferre potuit; sed quia fidem contractus fregit, eum emtori hereditatis in pœnam perfidiæ ad id quod interest obligari, æquum fuit, *l. qui tibi* 6. *C. h. t. l. venditor.* 21. *ff. h. t.*

3. De jure accrescendi, utrum illud quoque in emtorem transeat, si forte ex parte heres hanc partem suam alteri distraxerit, ac postmodum alter coheres deficiat, a multis in varias itum sententias. Mihi inter ipsum accrescendi jus, & acquirenda ex eo jure emolumenta distinguendum videtur. Jus ipsum quod attinet, illud penes hereditatis venditorem etiam post venditionem remanere puto. Cum enim coheredi portio coheredis deficientis accrescere debeat, venditor autem non obstante venditione heres manserit secundum ante dicta, nec emtorem vendendo heredem fecerit, necesse fuit, ut ipse qua heres hoc jure gauderet; eo modo, quo & heredi fiduciario post restitutionem suæ partis accrescit portio coheredis postea deficientis, *l. Papinianus* 43. *ff. ad Senatusc. Trebell.* Non obstante eo, quod nihil accrescat ei, cui ut indigno hereditas oblata est, dum tacite fidem de parte, in qua institutus est, incapaci restituenda accommodavit, *l. si totam* 83. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* (in qua lege *an* denotat *eam*, docente Cujacio *lib.* 2. *observ.* 7. & *lib.* 3. *observ.* 38.) Non enim accrescit, quia lex ipsa ei ademit hereditatis emolumenta, quatenus promiserat restitutionem, ipsumque etiam ante aditionem & vivo adhuc testatore indignum censuit, cui salvum esset ex aditione lucrum partis incapaci restituendæ: cumque jus accrescendi non alia ex causa competat, quam quia quis ex parte heres est, sequitur, eum, qui propter indignitatem ex ea parte, ex qua heres institutus erat, vere & cum effectu heres non est, (etsi forte de facto adivisset, imo adeundo heres effectus esset, nec perderet nomen heredis postquam ei res ita relictæ ablatæ sunt, *l. ex facto* 43. *§. Julius* 3. *ff. de vulg. & pup. substitut.*) non posse ullum sibi arrogare accrescendi jus. Quod & aperte satis Ulpianus in *d. l.* 83. significat, cum ait, *nihil ei debere accrescere, quia rem non videtur habere*: neque enim is rem habet, cui illa in pœnam fidei tacite accommodatæ adempta est; licet eam naturaliter teneat, quamdiu a fisco vindicata non est; imo talis apertissimis verbis in petitione hereditatis non heredis, sed *prædonis loco intelligendus*, dicitur *l. prædonis loco* 46. *ff. de petit. hered.* Nec hisce repugnat, quod talis ad substitutionem impuberis admittitur, cum pater dixisset, quisquis mihi heres erit idem filio heres esto, *l. ex facto* 43. *§. Julius* 3. *ff. de vulg. & pupill. substit.* Id enim ita placuit, primo, quia alia impuberis hereditas est, diversa a paterna hereditate, *l.* 2. *§. illud potest* 2. *ff. h. t.* secundo, & quidem præcipue, quia ex tali substitutione venit ad impuberis hereditatem etiam ille, qui nunquam patris substituentis heres fuit, veluti servus alienus a patre institutus, qui jussu domini paternam adiens hereditatem, non sibi sed domino eandem acquirit, nec se sed dominum adeundo heredem facit: uti & illi, qui cum heredes patris substituentis extitissent, per motam contra testamentum querelam inofficiosi, aut per supervenientem servitutem, desierunt patris heredes esse, si modo postea libertate donati sint: sic ut ibi non tamen consideretur, quis patri re aut nomine heres fuerit, quam potius, quis a patre in testamento nominatus seu scriptus sit, *l. cum filio* 3. *l. qui liberis* 43. *§.* 3. *in fine ff. de vulg. & pupill. substit.* Ceterum quia venditor suam vendendo hereditatis partem effecit, ut emtor heredis loco esset, & ad eum omne pertineret juris hereditarii damnum lucrumque, *l.* 2. *§. sicuti* 9. & *§. cum quis* 18. *ff. h. t.* dum in hereditatis venditione id actum creditur, *ut, neque amplius, neque minus juris emtor habeat*, quam penes heredem futurum esset, *d. l.* 2. *in pr. ff. h. t.* consequens fuit, ut; quemadmodum omne emolumentum, hereditatis venditori ex aditione quæsitum, in emtorem transferendum fuit, ita quoque illud, quod ex jure accrescendi ad eum tanquam adhuc heredem pervenit aut

perventurum est. Neque enim inficias iri potest, quin pro parte heres jus illud accrescendi habeat qua heres nec alia ex causa, quam quia ex parte heres est, cui proinde parti spes & jus succedendi in alteram hereditatis partem, casu quo illa vacatura est, etiam eo ipso momento quæsitum fuit, quo suam ipse adivit partem, arg. *l. si ex pluribus* 9. *ff. de suis et legit. bered.* Nisi ergo ita statuatur, emolumento jus accrescendi ad emtorem pertinere, eveniret, ut minus juris penes emtorem foret, quam penes heredem esset futurum; contra *d. l.* 2. *pr. ff. h. t.* cum utique in jure accrescendi, quod heredi, qua tali, competit, non minima emolumenti pars sit. Facitque pro hac sententia, quod Ulpianus scripsit, *si etiam impuberi sit substitutus is, qui vendidit hereditatem testatoris, id, quod ex impuberis hereditate ad eum, qui vendiderat hereditatem, pervenit, ex emto actioni locum non facere*, addita ratione, *quia alia hereditas est*, *l.* 2. *§. illud potest* 2. *ff. h. t.* unde a contrario concludendum, actioni ex emto locum fore ad id quod ex jure accrescendi ad venditorem pervenit, quia non alia, sed eadem unius hominis hereditas est. Facit insuper, quod, licet fiduciario heredi, qui coactus adiverat & restituerat, ipsum jus accrescendi competat, is tamen fideicommissario restituere teneatur quicquid ex jure accrescendi post restitutionem partis illius, quam compulsus adivit, consecutus est, *l. Papinianus* 43. *ff. ad Senatusc. Trebell.* a quo herede fiduciarie petitum argumentum tanto magis stringit, quod inter fideicommissarium & fiduciarium heredem, totam hereditatem aut partem suam totam restituentem, interponi solitæ fuerint stipulationes emtæ & venditæ hereditatis; quo efficiebatur, ut omnia eo haberentur loco, ac si fiduciarius fideicommissario hereditatem vendidisset: *§. ergo si quidem* 6. *Instit. de fideicommissar. heredit.* Nec movet, quod hic coactus adiverit, adeoque pactione tali tunc opus non sit, sed ipsum senatusconsultum onera transferat in fideicommissarium, *d. §.* 6. *in fine*, cum ita id tantum intersit, quod, ubi sponte aditio contigisset, ex pacto illud introducatur, quod in aditione coacta facit ipsum jus, nec de cetero quantum ad effectus ulla diversitas sit, sive pacto sive jure securitas fiduciario quæratur. Denique non facile quisquam emtori cum ratione denegaverit utilitatem & effectus juris accrescendi, nisi qui pariter existimaverit, etiam caduca legata & fideicommissa, quin & quartam Falcidiam ac Trebellianicam oportere penes hereditatis venditorem remanere, nec sequi emtorem; quæ quam sint aliena a juris fundamentis, satis manifestum est. Secundum hanc vero sententiam distinctione propositam, vulgaris sponte corruit objectio, jus nempe accrescendi ex pacto non acquiri. Etenim nec hereditas pacto quæritur; sed uti semel per aditionem quæsita vendi deinceps ac in emtorem transferri potest quantum ad omnia onera ac commoda emtori cessura, ita quoque jus accrescendi, non ex pacto sed aditione primitus quæsitum, dein pacto seu venditione transit in emtorem quantum ad effectus suos; juribus ipsis tum hereditatis tum accrescendi nunquam a venditore, velut in perpetuum herede, separandis. Collabitur & alterum, quod a Vinnio *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 55, aliisque dissentientibus obtenditur, quasi scilicet de jure accrescendi tempore venditionis non fuerit cogitatum, ea vero vendita non intelligantur, de quibus cogitatum non est, arg. *l. in lege fundi* 77. *ff. de contrah. emt.* Neque enim ullus ex parte ne res sine manifestissimo juris errore, non excusante sed nocente, ignarus esse potuit, spem illam accretionis sibi per aditionem hereditatis sic esse quæsitam, uti ipsum jus hereditarium de præsenti pro parte quæsitum est, dum inest juri hereditario jus accrescendi, uti fundo vendito cohæret alluvionis jus, licet alluvionis sæpe minor quam accrescendi spes sit, unde alluvioni comparatum videmus ipsum accrescendi jus, *l. si Titio* 33. *§.* 1. *in fine ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Ne dicam, verum non esse per omnia illud, venditum non videri de quo cogitatum non est, neque id dictat *d. l.* 77. quippe quæ tantum habet, *neminem emere aut excipere quod non sit*, id est, quod non apparet, in rerum natura non est; unde & illic lapicidinæ, quæ tempore venditionis apertæ non fuerant, dicuntur non fuisse exceptæ, quia *nullæ sunt lapicidinæ, nisi quæ apparent & caduntur*, *d. l.* 77. Et in summa, magis est, ut *d. l.* 77. pro nostra militet opinione. Scilicet uti fundo vendito omnia ea vendita censentur, quæ fundi sunt, nisi nominatim excepta sint; ideoque fundo vendito venditæ simul videntur latentes etiamnum lapicidinæ ac metallifodinæ, licet eas latere ignoretur, ac de his per contrahentes cogitatum non sit, *d. l.* 77. ita & hereditate vendita, venditum intelligi debet illud omne, quod hereditatis est; hereditatis autem est & ipsum jus accrescendi, ut ante probatum, ac proinde pro vendito habendum erit, etsi de eo contrahentes non cogitasse largiremur. Non etiam nostræ repugnat opinioni, quod venditor hereditatis non nomine tenus sed re ipsa post venditionem heres sit, quia, dum pretium habet, ipsam habere & possidere videtur hereditatem, *l. si quis pecuniam* 4. *§. ult. ff. si quis omissa causa testamenti ab intest. vel al. modo possid. hered.* Etenim *videtur* tantum habere per quandam juris fictionem, uti generaliter, qui rei pretium habet, rem habere videtur, re ipsa necdum habet, arg. *§. si res aliena* 6. *in fin. Inst. de legatis*, in rei veritate magis emtor habet, quippe res ipsas hereditarias habens, tenens, possidens, de his suo disponens arbitratu, & ipsius hereditarii juris omnia commoda pariter ac onera sentiens. Sed & secundo, *possidere videtur* hereditatem is, qui vendit, in quantum eam, quam vendidit, adeundo adeptus est, ad oppositionem eorum, qui *dolo fecerunt quo minus possideant*, secundum verba legis, id est, eorum, qui non adiverant sed omiserant hereditatem sibi testamento delatam, ut eam vel ipsi vel alius deinceps adiret ab intestato, juxta tituli ipsius inscriptionem. Nec est quod regeras, fiduciarium quidem heredem post factam hereditatis restitutionem nomine tenus tantum heredem esse, omnia jura in fideicommissarium transivisse, venditorem vero hereditatis post venditionem adhuc oneribus hereditariis obnoxium existere, & usque adeo posse a creditoribus hereditariis judicio ad solvendum inquietari, ut ne emtor quidem invitus ab eo compelli possit ad excipiendas, quæ venditori moventur, hereditarias actiones, *l. ratio juris* 2. *C. h. t.* Etsi enim in eo tertio quædam inter istos duos differentia appareat, tamen quantum ad effectum emolumenti par utrobique ratio est, dum venditor hereditatis conventus a creditoribus hereditariis, ac

solvere compulsus, regressum adversus emtorem ac indemnitatem habet, & ita non suo sed emtoris periculo litigat ac convenitur. Nec facit, quod emtor forte posset non solvendo esse, & sic venditor in damno hærere; cum utique venditionis tempore venditor potuerit pacto id agere, ut sibi ab emtore eo nomine satisdetur, ac id non agens suæ debeat culpæ ac negligentiæ damnum tale acceptum ferre; quod tunc in jure nostro non intelligitur damnum esse, arg. *d. l. ratio juris* 2. *C. h. t.* junct. *l. quod quis ex culpa* 203. *ff. de regul. juris*. Leve quoque est, quod in quæstione, utrum hereditate vendita, ea quantitas spectetur, quæ fuit mortis tempore, an ea, quæ fuit, cum aditur hereditas, an ea, quæ fuit cum hereditas venundatur, ab Ulpiano responsum fuit, *id actum videri, ut quod ea hereditate pervenit, in id tempus, quod venditio fit id videatur venisse, l.* 2. §. 1. *ff. h. t.* Tempus namque venditionis illic spectandum dicitur, non ad excludenda commoda postmodum heredi obventura, sed ut includantur omnia, quæ forte intra venditionis & mortis tempus obvenerunt: quæ enim post venditionem commoda aut damna occasione rei venditæ superveniunt, emtorem ex communi emtionis natura sequuntur. Unde & eidem fundamento inhærens Ulpianus in *d. l.* 2. §. *non tantum* 4. *ff. h. t.* circa hereditatis venditionem definivit, *non tantum quod ad venditorem hereditatis pervenit, sed & quod ad heredem ejus ex hereditate pervenit, & non solutum quod jam pervenit, sed & quod quandoque pervenerit, emtori restituendum esse.* Denique nec illud valde stringit quod in emtione pretium rei venditæ respondere debeat, nec probabile sit, eum, qui forte ex quarta vel minore parte heres est, voluisse emtorem venditione partis istius minoris ex asse heredem facere, si alii deficerent, eo quod nulla tunc inter rem venditam pretiumque proportio foret. Non, inquam, satis urget, si consideres, inter omnes constare, in hereditate vendita locum non esse remedio, *l.* 2. *C. de rescind. vend.* nec stolidis tantum (de quibus, *L. si heres* 3. *ff. ad leg. Falcid.*) sed & prudentioribus accidere subinde posse, ut, quemadmodum hereditatem tanquam lucrosam adeunt, quæ ob emergentem deinde æris alieni molem damnosa apparet, ita & velut lucrosam pretio majore emant, ignorantes æs alienum latens, quæ exitu inspecto damnosa prorsus est: quo tamen casu venditionem ratam fore dubium non est, etsi nulla inter id, quod venditur, ac pretium proportio inveniatur; nisi quis pretii & damni ita emti proportionem justam putet.

4. Licet autem pro rerum singularium hereditariarum evictione venditor hereditatis obstrictus non sit, nec hereditatem locupletem præstare teneatur, nisi nominatim evictionis præstationem rerum certarum intuitu in se recepisset, vel de substantia seu quantitate hereditatis quid affirmasset; eo quod alioquin non rerum singularum sub hereditate contentarum, sed rei incorporalis, universi scilicet juris hereditarii sive lucrosi sive damnosi venditio facta creditur, *l.* 1. *C. de eviction. l.* 2. *l. qui filiifam.* 14. §. 1. *l.* 15. *ff. h. t. Vinnius select. quæst. lib.* 2. *cap.* 4. *versu, sed quid,* quin tamen *de facto suo venditor* satisdare, adeoque juris ipsius hereditarii venditi evictionem præstare teneatur, extra controversiam est, si forte illud in totum vel pro parte evictum sit, *d. l.* 2. *pr. l. quod si sit*, 15. *ff. h. t.* arg. *d. l.* 1. *C. de eviction.* si modo aperte jus hereditarium distractum fuerit: nam si tantum venditum proponatur *incertum hereditatis*, & quasi spes ejus, dum id actum, *ut si quid juris venditori in ea hereditate competat, id veneat*, quamvis ad venditorem hereditas non pertineat, nihil tamen eo nomine emtori præstandum est, nisi venditor, sciens ad se non pertinere, tamen ita dolo distraxerit, *l. quod si in venditione* 10. 11. 12. 13. *ff. h. t.* Multum interim evictionis præstandæ intuitu refert, utrum distracta sit hereditas, quæ nuspiam apparebat, an talis quæ aliena erat, an denique ea, quæ venditori quidem quæsita fuerat, sed ex causa fideicommissi, cum illam ut directam vendidisset. Si enim intervenerit venditio hereditatis, quæ in rerum natura non est, veluti hominis adhuc viventis, evictio proprie præstandi non est, quia sine re, quæ veneat, emtio nulla aut venditio intelligi potest; sed pretium dumtaxat emtori reddendum, ac si quid in venditionem illam ipso jure nullam ab emtore impensum fuerit, & si quid amplius emtoris intersit, *l. cum hereditatem* 7. *l.* 8. *l.* 9. *ff. h. t.* junct. *l. nec emtio* 8. *ff. de contrab. emt.* Sin vere appareat hereditas vendita, sed ad venditorem non pertineat, ipsa æstimanda, ac in ejus æstimationem venditor damnandus est secundum evictionis naturam, *l. quod si nulla* 8. *ff. h. t.* Quod si quis quasi heres directus hereditatem vendiderit, cum ei ex senatusconsulto Trebelliano restituta esset, quanti emtoris intersit, tenetur, *l. si quasi* 16. *ff. h. t.*

5. Sunt tamen nonnulla, ad quæ emtori hereditatis tradenda vel præstanda venditor obstrictus non est; veluti quæ nominatim pacto excepit, *l.* 2. §. *apud Julianus* 12. *& seq. l. ult. ff. h. t.* Nec id, quod occasione & sub prætextu hereditatis quasi debitum exegit, cum esset indebitum; quia hoc hereditarium non est, *d. l.* 2. §. *solet quæri* 7. *ff. h. t.* Nec, quid si pœnæ nomine a fure vel prædone ob furtum rerum hereditariarum consecutus sit, dum ipse furtum aut rapinam hereditariis in rebus passus est, *l. venditor ex* 21. *in fine ff. h. t.* secus si defunctus ipse hæc passus, & ita ipsi adhuc viventi actio pœnalis quæsita esset, arg. *l. pœnales* 32. *ff. ad leg. Falc.* cum enim ea ad venditorem, qua heredem, hereditario jure devoluta fuerit, sequitur, aut ipsam emtori cedi debuisse, aut pœnam jam exactam debuisse restitui; ne alioquin minus penes emtorem sit, quam penes venditorem, qua heredem, futurum esset, *contra l.* 2. *pr. ff. h. t.* Non denique hereditatem impuberis sibi ex substitutione pupillari quæsitam, cum patris substituentis hereditatem, ex qua ipse quoque scriptus erat, vendidisset, quia alia hereditas est, *l.* 2. §. *illud potest* 2. *ff. h. t.* nisi hoc nominatim actum fuerit, ut & impuberis hereditas veniret, *d. l.* 2. §. 2. si modo venditionis tempore pupillus mortuus sit; ne alias venditio incideret in prohibitam de successione tertii certi viventis pactionem. Nec est, quod quis existimet, ex eo, quod in *d. l.* 2. §. 2. dicitur, *maxime si hereditas pupillaris jam delata sit*, colligi posse, quod etiam de necdum delata, adeoque de ea, quæ pupilli adhuc viventis est, pactio talis addi posset. Non enim sequitur, pupillum adhuc superstitem esse, si hereditas ejus delata necdum sit; cum &, si sub conditione substitutio facta fuerit, hereditas necdum delata dici queat, utcunque pupillus jam fati munus impleverit. Sane, uti nullius ita nec pu-

pilli adhuc viventis hereditatem ullam esse, aut vendi posse, palam est ex *l.* 1. *ff. h. t.* Vinnius *de pactis cap.* 19. *n.* 9.

6. Sed uti venditor emtori ad plura tenetur, ita & vicissim emtorem venditori ad nonnulla præstanda obligatum esse, in aperto est. Aut enim hereditatis venditor necdum hereditario nomine quicquam impedit, aut ex adverso quædam jam solvit, aut aliter in hereditatem sumtus fecit. Si nondum quicquam ab eo in hereditatem erogatum, sed tantum judicio conventus fuerit, cum emtoris periculo lis agitanda sit, recte ab emtore desideraverit, ut is sui (venditoris) defensionem adversus hereditarios suscipiat creditores, *l. hereditatem* 28. *ff. de donat.* arg. *l.* 2. §. *ult. ff. h. t.* licet emtor invitus compelli nequeat a venditore, ut excipiat, aut in se transferat actionem venditori motam aut movendam, *l. ratio juris* 2. *C. h. t.* nec a creditoribus hereditariis recta via invitus conveniri, Christinæus *ad Leg. Mechlin. t.* 16. *art.* 37. *num.* 14. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 4. *defin.* 3. quod tamen postremum nostris moribus mutatum esse, & creditoribus in emtorem actiones oportere dari maxime si venditor solvendo non sit, censet Christinæus *vol.* 6. *decis.* 67. *num* 4. & *seq.* Groenewegen ad *l.* 2. *C. h. t.* ad *l.* 28. *ff. de donation.* Invitos sane creditores hereditarios ad id constringi, ut emtorem conveniant, iniquum foret; quippe quibus jus agendi adversus venditorem, veluti ex aditione heredem, conventione privata emtoris ac venditoris adimi non potuit aut immutari, arg. *l. debitorum* 25. *C. de pactis*, *l. Imperatores* 3. *ff. de transact. d. l.* 2. *C. h. t.* Si tamen creditores contra emtorem actiones suas movere cœperint, & is spontanea voluntate eas exceperit, tacitæ pactionis exceptione in posterum se venditor tueri posset, quasi id actum esset, ne creditores ab eo petant, *l. post venditores* 2. *Cod. de pactis.* Adde *tit. de pactis num.* 15.

7. Quod si e contrario vel ante vel post hereditatis venditionem in hereditatem sumtus fecerit, vel hereditaria solverit debita, id omne ab emtore per actionem ex stipulatu vel ex vendito repetere potest, *l. si ex pluribus* 18. *ff. h. t. l. ratio* 2. *C. h. t.* Ex vendito quidem, si nulla stipulatio inter emtorem & venditorem sit interposita, *l.* 2. §. *sive ipse* 11. *ff. h. t.* actione vero ex stipulatu, si intercesserint emtæ venditæque hereditatis stipulationes, quæ frequentes olim erant, quibusque id agebatur, ut quod venditor percepisset lucrum, emtori restitueret, & quod damnum passus esset, id emtor resarciret, §. *ergo* 6. *instit. de fideicommiss. hered. l. in illa stipulatione* 50. §. 1. *ff. de verb. obligat.* Confer Cujacium *lib.* 2. *observ.* 30. Quibus consequens est, ut recuperet, si quid vectigalium aut tributorum nomine dependerit, *l.* 2. §. *si quid publici* 16. *ff. h. t.* aut si quid in funus defuncti erogaverit, cum & ista impensa hereditaria sit, *d. l.* 2. §. *quod si funere* 17. *ff. h. t.* sed & si ex parte heres existens totum, quod a defuncto sub pœna debitum erat, solus exsolverit pœnæ evitandæ gratia, antequam coheredes ceteri hereditatem adivissent, nec postea ab his ob eorum egestatem recuperare potuerit quod supra suam præstiterat portionem, hoc quoque venditori per emtorem oportere refundi, velut hereditario nomine solutum, Julianus tradidit, *l. si ex pluribus* 18. *ff. h. t.* Quin imo, & si indebitum, quasi debitum hereditarium, a venditore solutum sit, ejus restitutionem emtori incumbere placuit, si modo venditor per sententiam judicis ad solvendum damnatus sit, non item, si citra judicis decretum sponte præstiterit, *d. l.* 2. §. *solet quæri* 7. *ff. h. t.* Cumque hereditate vendita eo cuncta loco habenda sint, ac si non per venditorem sed emtorem ipsum aditio facta esset, rationi consentaneum fuit, venditorem jure petere, ut, quæ tum prædiales tum personales servitutes ei in rebus hereditariis competierant, & aditione adeoque confusione extinctæ fuerant, ab emtore redintegrentur, *l.* 2. §. *pen. ff. h. t. l. si ei* 9. *ff. commun. præd. tam urban. quam rustic.* atque insuper ea solvantur omnia, quæ venditori a defuncto vel ab herede ex voluntate defuncti debita, exsolvenda ei fuissent, si non ipse venditor sed extraneus hereditatem adivisset; si modo ejus debiti adversus heredem exactio competere potuerit, non item si morte extinctum sit, dum forte pœnale erat ex delicto descendens, *d. l.* 2. §. *cum quis* 18. *l. hereditatem* 24. *ff. h. t.*

8. Dicta hactenus de hereditate vendita locum habent, si privatus venditor sit: diversum ab hisce in nonnullis obtinet, ubi non a privatis, sed a fisco hereditas distracta est. Etenim hereditatis fiscalis emtor non ipse tantum actiones contra debitores hereditarios instituere debet: sed & vicissim eas, quæ a creditoribus hereditariis movendæ sunt, excipere in universum obstrictus est, nec fiscum venditorem iis respondere compellit, *l.* 1. *C. h. t. l. eum, qui* 41. *ff. de jure fisci.* De ipso vero hereditatis jure nullam ab alio controversiam patitur, nec hereditas ei potest in totum aut ex parte evinci; cum ementes a fisco statim securi sint, & fiscum ipsum vendentem convenire debeat, quisquis judicio contendere cupit, ad se venditam pertinere hereditatem, §. *ult. inst. de usucapion. l.* 1. 2. *C. de quadriennii præscript.*

9. Altera tituli pars est de actione vendita, qualis venditio non consentiente tantum, sed & invito ac reluctante debitore fieri potest, *l.* 1. *C. de novation. l. si nominis* 2. *C. de novation. l. si nominis* 3. *C. h. t.* Vide *tit. de procurator. muner.* 8. sive pura sit actio, sive ex die vel conditione suspensa: nam & actionem puram sub conditione, & conditionalem pure vendi posse constat: ut tamen non idem usque venditionis effectus sit. Nam si sub conditione debitum vendatur pure, emtio statim perfecta est, ac ad pretium solvendum obligatio nata, licet emtor existente demum conditione persequi possit quod nomine vendito comprehensum est; vel ob defectum conditionis omni careat persequendi potestate. Sin purum debitum sub conditione distractum fuerit; non ante venditio perfecta censeri debet, aut ad pretium inducta obligatio, quam si conditio extiterit, ex qua venditio suspensa erat, *l. nomina* 17. *l. multum interest* 19. *ff. h. t.* Neque interest, utrum in rem an in personam actio sit quæ venditur: licet enim directæ in rem actiones nulli competere possint, nisi ei, qui habet jus in re, & jure gentium vel civili dominus est; *l. in rem actio* 23. *ff. de rei vindicat.* & per actionis venditionem dominium rerum actione petendarum non acquiratur, *l. pen. C. h. t.* quia tamen utiles in rem actiones etiam non dominis competere posse, plenius *in t. de rei vindicat. num.* 21. fuit expositum, nihil vetat, quo minus & in rem actiones vendantur ad id, utilis saltem in rem actio per emtorem moveatur, atque ita quantum ad utiles actiones nulla inter in rem & in per-

tionum actiones differentia sit, *l. ult. C. h. tit.* Nec una tantum specialis actio, sed & actionum universitas recte venditur, veluti totum mercatoris calendarium (*'t geheele Schultboek*), ita ut nominum omnium periculum in se emtor recipiat; quod subinde fieri, ubi mercator foro cessit, apparet ex Responsis Jurisc. Holl. *part. 4. consil.* 195. Quid quod & *incertum actionis*, eodem modo, quo etiam *incertum hereditatis*, vendi potest, adeo ut spes tantum distracta intelligatur, ac ne debitor quidem a venditore præstandus sit, quoties in bona fide est, *l. si nomen 4. in fine*, junct. *l. quod si in* 10. & *l.* 11. *ff. h. t.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 14. n. 27.*

10. Non tamen recte quisquam alteri popularem potest actionem distrahere, cum ante litem contestatam nemo inde creditor aut locupletior dici possit, & quivis ex populo æquali ad eam exercendam jure gaudeat, arg. *l. ut si cui* 12. *de verb. signif. l. 2. l. pen. ff. de popul. action.* post litem vero contestatam non minus actionis intentatæ quam rei alterius cujusvis litigiosæ alienatio reprobata sit, *l. 2. & tot. t. C. de litigiosis.* Moribus quoque nostris vetitum emere actiones competentes pro mercede eorum, qui adhuc in India degunt. *Artikel Brief van d'Oost-Indische Compagnie* 1672. *art.* 55. *vol.* 3. *placit. p.* 1318. item *van de West. Indische Comp.* 1675. *art.* 33. *d. vol.* 3. *pag.* 1350. item *Ordonnantie voor de West-Indische Comp.* 24. *Novembr.* 1648. *art.* 74. *vol.* 1. *placitor. p.* 642.

11. Venditæ actionis effectus est, quod venditor eam actori cedere teneatur; plerumque quidem simpliciter, quandoque tamen etiam observatis certis solemnibus ac requisitis statutario jure inductis. Qua ratione si quis suam actionem, seu societatis Indiæ Orientalis aut Occidentalis partem alteri vendiderit, necessitas ei edictis Ordinum Generalium imposita transcribendi in emtorem apud acta societatis, seu in libris ac rationibus societatis, actionem venditam, intra dies quidem quatuordecim, a venditione celebrata, si eo in loco contractus sit initus, in quo transcriptio facienda est, intra mensem vero, si alio in loco; de quo novissime edictum Ordinum General. 16. *Sept.* 1677. *vol.* 3. *placit. pag.* 1307. Sed & actionis hypotheca immobilium munitæ cessio per Hollandiam firma non est, nisi soluta fisco quadragesima coram lege loci, exemplo aliorum immobilium, facta sit. Ut tamen cessio censeri non debeat, si creditor hypothecarius debiti hypothecarii solutionem suo fieri creditori mandet, interveniente *assignationis* instrumento, ut vulgo loquuntur; cum ita non actionis, sed tantum recipiendæ solutionis, mandatum intercedat, neque ullum jus in re transferatur, nec periculum nominis ad eum, cui assignatio facta, spectet. Sande *de cession. action. cap.* 9. *num. ult.* Confer Resp. Juriscons. Holland. *par.* 5. *consil.* 179. 180.

12. Quamvis autem emtorem utilibus actionibus etiam sine cessione experiri posse placuerit, *l. emptor* 5. *l. postquam* 7. *l.* 8. *C. h. tit.* directæ tamen per venditorem emtori cedendæ sunt, tum principales tum accessoriæ, veluti ad persequenda pignora ac conveniendos fidejussores, si intercesserint in debiti principalis securitatem, sive ante sive post nominis venditionem venditori jus pignoris constitutum aut fidejussor datus sit, *l. emtori* 6. *l. venditor actionis* 23. *ff. h. t. l. si in solutum* 6. *l.* 7. *Cod. de obligat. & action.* arg. *l. 2. §. non solum* 8. *ff. h. tit. l. heres* 21. *pr. ff. de fidejussor.* Ant. Faber *Cod. lib. 4. tit.* 29. *defin.* 20. Adhæc actio de peculio & aliæ similes contra patrem, si adversus filiumfamilias debitorem actio distracta sit, *l. qui filiifamil.* 14. *ff. h. tit.* Quid, quod & una cum actione cessa in emtorem transeunt privilegia, ipsi causæ seu actioni cohærentia, arg. *l. si ventri* 24. *§. ult. ff. de reb. auctorit. jud. possid.* quo fundamento adstructum fuit, privilegium actionis funerariæ etiam in cessionarium actionis istius videri translatum, *t. de relig. & sumt. funerum num.* 11. Adde Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *cap.* 21. *num.* 21. 22. Fisci quoque privilegium una cum actione per fiscum cessa in privatum transire posse patet ex *l. ult. C. de privileg. fisci*, *l. cum pro patre* 2. *C. de his qui in prior. credit. locum succed.* Tiraquellus *de retract. gentil. §.* 26. *gloss.* 3. *num.* 28. Negusantius *de pign. & hypoth. quarto membro secundæ partis num.* 107. *in fine.* Peregrinus *de jure fisci lib.* 7. *tit.* 3. *n.* 34. Nec dubitandum videtur, quin & parata executio ex pacto descendens, quam actioni potius ipsi quam personæ cohærere certum est, cessionario æque ac cedenti atque paciscenti competere debeat, si modo de venditione actionis & cessione constet. Confer Ant. Fabrum *C. lib. 4. t. 7. defin.* 1. Fachineum *controv. lib.* 13. *cap.* 27. Berlichium *conclus. pract. part.* 1. *concl.* 80. *num.* 16. *& seqq.* Personalia plane privilegia cessione non transire, verius est, cum ita redderentur perpetua, quippe non intermoritura morte personæ privilegiatæ, a qua jam recesserant, atque ita vi & effectu degenerarent in privilegia causæ, quod absurdum, *l. ex pluribus* 42. *ff. de admin. & peric. tut. l. in omnibus* 68. *l. privilegia* 196. *ff. de reg. juris.* Quod si ex actione vendita ad venditorem quid jam pervenerit, sive per solutionem spontaneam, sive per exactionem, sive per compensationem, id totum emtori restituere compellitur, *l. venditor actionis* 23. *§.* 1. *ff. h. t.* arg. *l. 2. §. pervenisse* 3. *ff. h. t.*

13. Ceterum uti emtor nominis gaudet juribus jam enumeratis commodisque cedentis, ita ex adverso quoque ex ejus persona subit incommoda: nam & compensationem, quæ cedenti ante cessionem opponi poterat, cessionario opponi posse, probatum antea *t. de compensat. n. 4. & seq.* Nec infrequens est, licet non perpetuum, ut iisdem cessionarius repellatur exceptionibus, quibus & cedens repulsus fuisset, si ipse egisset; de quo latius *t. de exceptionibus.* Ac cessionarius tenetur ad edenda illa omnia, sive instrumenta, sive rationes, sive calendaria, aliaque similia, ad quæ cedens obstrictus fuit: acturus scilicet adversus cedentem ut is ea exhibeat, quo edi possint; ut dictum *tit. de edendo num. in fine.* Denique si quis non privilegiatus actionem suam cesserit privilegiato, cessionarius nullum ex suo capite privilegium in nominis istius exactione exercet, sed jure communi cedentis uti debet. Perquam enim durum foret, mutatione creditoris fieri duriorem causam aut debitoris, aut aliorum creditorum; & uti absurdum fuit visum, debitorum pactionibus tolli vel mutari creditorum petitionem, *l. debitorum* 25. *C. de pactis*, ita ex opposito iniquum etiam censeri debet, creditoris facto deteriora ac duriora reddi debitorum jura; maxime, cum non debet actori seu creditori licere, quod reo seu debitori non licet, *l. non debet* 42. *ff. de reg. jur.* & plerumque emtoris eadem esse causa debeat circa

petendum ac defendendum, quæ auctoris fuit, *l. invitus nemo* 155. §. *plerumque* 3. *ff. de reg. juris*, Mævius *ad jus Lubec. lib.* 3. *tit.* 3. *art.* 12. *n.* 83. 84. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 21. *num*, 25. Nisi forte privilegium plane personale sit: quippe quo casu cessionarius sua personali prærogativa non videtur destituendus esse, uti hoc de fori privilegio studiosis ac miserabilibus personis indulto probatum fuit *t. de judiciis n.* 109. & 125. licet in miserabilibus personis aliud nostris moribus servari, in eodem *num.* 125. adnotatum sit. In fisco sane singularis omnino Romani juris definitio est: nam quanquam scriptum est, fiscum in privati locum succedentem privati jure uti, *l. cum quidam* 17. §. *fiscus* 4. *ff. de usuris*, *l. si sub pignore* 2. *C. de Usuris fiscal.* ab Ulpiano tamen adnotatum fuit, in *l. fiscus, cum* 6. *ff. de jure fisci*, fiscum, cum acquisito nomine in privati jus succedit privati jure *pro anterioribus suæ successionis temporibus* uti: ceterum, *posteaquam successit*, habere privilegium suum. Verum illud anomalum prorsus esse & in eo contra generalia juris principia per Jurisconsultos fuisse fisci commodis deservitum, satis inde manifestum est, quod de tempore, ex quo fiscus suo uteretur privilegio, tantopere in *d. l.* 6. hæsitatum fuit, ac tandem definitum, non a tempore nominis acquisiti, sed demum ex quo fiscus convenit certum debitorem ac confitentem, privilegio respectu usurarum locum fore; privilegio vero prælationis ante alios creditores non nisi ex quo inter nomina debitorum relatum est nomen fisco quæsitum. Ut proinde nec in exemplum ista videantur trahenda, aut ad ecclesias porrigenda, licet id agat post alios Brunemanus ad *d. l.* 6. *ff. de jure fisci.*

14. Sciendum interim, sufficere in actione vendita quod venditor emtori debitorem præstet illius quantitatis aut rei, quæ expressa est: nam ut locupletem præstet, aut fidejussores, qui pro eo debito intervenerant, idoneos, aut pignora sufficientia, obligatus non est, *l. si nomen* 4. *l.* 5. *ff. h. t. l. si plus* 74. §. *ult. ff. de evictionib. l. periculum* 30. *ff. de pignorib. & hypoth.* Sande *de cessione action. cap.* 9. *num.* 19. 21. 26. Berlichius *decis.* 291. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 244. nisi aliud nominatim actum sit, *d. l.* 3. *ff. h. t.* vel dolo venditoris emtor circumscriptus sit, *d. l.* 74. §. *ult. in fine ff. de eviction.* quo pertinet, si mulier pro dotis restitutione debitorem egentem *decepta* acceperit, *l. si cum dotem* 22. §. *si mulier* 2. *ff. soluto matrimon.* Neque his obstat illud Gaji, quod is nullam videatur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est, *l. nam is* 6. *ff. de dolo malo.* Cum illud *videri* illic nota improprietatis sit, & nomen, quod nunc inane est, redeunte ad meliorem fortunam debitore, bonum fieri possit, & efficacem habere exactionem. Quod si nomen non simpliciter, sed *tanquam bonum*, fuerit divenditum, satisfecerit venditor, si illud venditionis tempore bonum præstet, nec eo nomine tenebitur, quod debitor postea facultatibus lapsus sit, cum ex ordinaria venditionis natura æque nominum ac rerum quarumvis aliarum periculum a tempore venditionis ad emtorem potius quam venditorem spectet, §. *quum autem* 3. *inst. de emt. vendit.* Zypæus *notit. juris Belg. t. de hered. vel act. vend. in med.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib.* 4. *t.* 13. *n.* 7. & *seq.* Joh. a Sande *de cessione actionum d. cap.* 9. *n.* 27. 28. 29. Quid vero ob nominis evictionem emtori nominis præstandum sit, exequitur plenius *t. de eviction.*

15. Interposita venditæ actionis cessione, seu mandata actione, salvum nihilo minus cedenti ex jure Romano manet agendi jus, adeo ut debitorem non tantum ignarum cessionis factæ, sed & scientem ad solvendum adigere possit, & ille cedenti solvens liberetur a debito, si modo solvat, antequam ei a cessionario denunciatum fuerit, ne cedenti solvat; cedente interim obligato manente, ut, quidquid exegit nominis emtori præstet, arg. *l. procuratore* 55. *ff. de procurator. l. venditor actionis* 23. §. 1. *ff. h. t.* Ut tamen in concursu cessionarii quam cedentis conditio potior sit, cum in propriam utilitatem cessionarius experiatur, *d. l. procuratore* 55. *ff. de procurat.* unde & actionis mandatum revocari non posse in cessionarii præjudicium, verius est, arg. *d. l.* 55. & *l. quæ omnia* 25. *in fine ff. de procurat.* Nec ei adversatur *l. si delegatio* 3. *C. de novation.* Non enim illic venditio aut cessio actionis intervenerat, sed tantum debitor creditori suo adversus suum debitorem *solutionis causa mandaverat actionem*, quale mandatum solutionis exigendæ & accipiendæ seu *pecuniæ exigendæ*, (ut habet *l. non abstulit* 4. *eod. tit.*) a cessione actionis distinctum est, ac vulgo *nudæ assignationis* appellatione venit, & revocatione infirmari adeoque exactio atque solutio inde facienda impediri potest, quamdiu res adhuc integra est, puta, cum necdum lis contestata, nec aliquid ex debito acceptum, nec debitori denuntiatum fuit, *d. l.* 3. Confer Ant. Fabrum *conject. lib.* 12. *cap.* 6. præcipue *n.* 6. Plane nostris moribus circa cessas actiones magis placuit, jus omne cedentis cessione extinctum esse, nec amplius cedentem, sed solum cessionarium, compellere posse debitorem invitum ad solutionem, licet necdum debitori denunciatio per cessionarium facta sit, ne solvat cedenti. Debitorem tamen cessionis ignarum, bona fide solventem cedenti, in totum liberari, arg. *l. ult. ff. de transaction.* non item, si ei per cessionarium jam fuerit denunciatum, ne solvat cedenti, arg. *l. nomen* 4. *C. quæ res pign. obligari*, *l. ult. de lege commiss.* Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 2. *tr. de cessionibus art.* 2. *gloss.* 9. *in fine.* Lambertus Goris *adversar. tract.* 3. *part.* 1. *cap.* 1. *num.* 5. & *seqq.* Groenewegen ad *d. l.* 3. *C. de novation.* Quin imo, si venditionis atque cessionis ignarus non fuerit debitor, denunciatio tamen per cessionarium ei necdum facta sit, ipsum quidem cum cedente non efficaciter transigere in aperto est, *l. ult. ff. de transact.* sed quo minus ei bona fide solutionem faciat, atque ita liberetur, nulla juris ratio vetat; cum utique ei solvat, cui obligatus fuit, nec ipsi factum tertii obesse queat, quamdiu denunciatio haud intercessit, arg. *d. l.* 4. *C. quæ res pignor. oblig.* & sibi cessionarius imputare debeat, si ob neglectam aut dilatam denunciationem in damno sit. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 29. *def.* 18. Sed & post denunciationem recte solvi cedenti, quando ob utilitatem cedentis actio cessa est, observat Ant. Faber *C. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 13.

16. Porro actionis cessionem seu mandatum in præjudicium cessionarii non posse revocari, usque adeo verum est, ut nec assentiendum sit Sandio *de cessione action, cap.* 12. *n.* 7. ac Mynsingero *cent.* 3. *observat.* 95. existimantibus, revocari posse cessionem actionis, quoties paritum non fuerit conditionibus

venditioni & cessioni nominis appositis. Nam etsi verum sit, donationes revocari posse, si per donatarium legi donationis obtemperatum non sit, *l.* 1. *C. de donat. quæ sub modo*, *l. ult. C. de revocand. donat.* id tamen ad conventiones onerosas, præcipue ad venditionis negotia producendum non est; quippe in quibus si alteruter contrahentium non impleat ea, ad quæ sese contractu devinxerat, repetitio translatorum denegata, & sola ad implendum contractum personalis actio adversus refractarium data fuit *l. incivile* 12. *C. de rei vind. l. pacto successorum* 26. *in fine C. de pactis*. Plane mutuo ementis ac vendentis consensu posse a cessione facta resiliri, etiam invito debitore, dubium non est, cum nihil tam naturale sit, quam unumquodque eodem genere dissolvi, quo colligatum est, *l. nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. juris*, & ratio nulla appareat, cur non æque a nominis venditione recedi possit invito debitore, ac ab initio venditio nominis eo dissentiente jure perficitur, ut ante dictum; cum utique nova videatur hoc modo venditio intercessisse: salvo tamen manente debitori suo jure retractus, si forte viliori pretio nomen distractum eodem sibi pretio emtum velit; de quo post: salvis quoque fisco suis juribus, ubi tale nomen est; ex cujus venditione quadragesima pretii fisco pendenda venit. Confer *t. praeced. de lege commiss. num.* 24 Joh. a Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* *defin.* 2.

17. Quod si duobus separatim diversis temporibus una eademque actio vendita ac cessa sit, censet Sande *de cess. act. cap.* 12. *n.* 8. ita demum eum, cui priori vendita ac cessa est, potiorem fore, si secunda cessio re non amplius integra interposita sit, dum prior vel litem contestatus jam fuerat cum debitore, vel denunciationem debitori fecerat, aut impetraverat partis solutionem; sed si nihil horum a priore factum sit, illum, qui primus unum ex his tribus fecerit, potiorem esse, arg. *l.* 3. *C. de novation.* Sed cum jam supra probatum sit, cedentem non posse cessionario invito cessionem revocare, nec in *d. l.* 3. de cessione, sed simplici *assignatione* seu pecuniæ exigendæ mandato agi, atque insuper moribus nostris jus omne cedentis pro extincto haberi post primam cessionem; magis est, ut hic idem, quod in re corporali duobus vendita Romanis placuit, admittatur; illum nempe, cui priori actio cessa est pretio soluto aut fide de eo habita, in exigendo nomine cesso oportere potiorem esse, maxime, quia cessio in actionibus traditionis loco est, *l. quotiens* 15. *C. de rei vindicat.*

18. Quo vero magis turpes impedirentur litium redemtiones, Anastasii nec non Justiniani constitutionibus inductum fuit, ne emtor nominis a debitore plus exigat, quantum ipse in nominis emtionem erogavit, etiamsi venditor se partim vendere, partim donare, vel reliquum donare, professus esset; reprobata hoc in casu illata donationis cum venditione cumulatione; quippe quam non nisi in fraudem legis simulari præsumtio est, *l. per diversas* 22. *l.* 23. *l.* 24. *C. mandati*. Confer Lamb. Goris *advers. tract.* 3. *part.* 1. *cap.* 4. Et ne clandestinis ac domesticis fraudibus facile quidvis pro negotii opportunitate confingatur, ac occultetur quod vere actum est, moribus nostris invaluit, conventum actione cessa debitorem protinus in ingressu litis desiderare posse, ut juret actor, quanto nomen pretio comparatum ab eo sit, Grotius *manud. ad Jurispr. Holl. libr.* 3. *cap.* 16. *num.* 17. 18. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 89. ut ita oblata eadem quantitate liberetur debitor, cujus lucro reliquum cedere vel inde patet, quod utrique tum emtori tum venditori actio ultra id, quod emtor dedit, denegata est, *l. ab Anastasio* 23. §. 1. 2. *C. mandati*. Neque hic suffecerit de pretii jurasse promissione, sed quantum vere ac sine fraude numeratum ab emtore seu datum sit, *l.* 24. *Cod. mandati*, Resp. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 34. *num.* 1. Et quæ de venditione dicta sunt, in datione in solutum etiam obtinere verius est, cum & retractum in ea emtionis exemplo admissum esse, præcedente titulo dictum sit; & datio in solutum emtioni vim ac vicem habeat, nomenque tanto intelligatur distractum pretio, quanta est debiti quantitas, in cujus solutionem nomen cessum est, *l. si prædium* 4. *C. de eviction.* Quin & in permutatione reditus annui jus idem in Rhenolandia vigere patet ex Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 225.

19. Tempus quod attinet, in quibusdam locis venditi nominis retractus intra annum a scientia debitori competit; præcipue si reditus annuus, fundo vel ædibus impositus distractus sit. Roterodami non ultra sex septimanas durat retrahendi jus. Imo ubi statuta nihil de tempore definiunt, ejusdem pretii oblationem a debitore tunc fieri sufficit, cum primitus convenitur ad faciendam solutionem, Hugo Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 16. *num.* 17. 18. Groenewegen ad *l.* 22. *C. mandati*, Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 20. *num.* 8. *vers. debitor*, & *cap.* 19. *num.* 25.

20. Cessat hoc jus tantundem offerendi, seu retrahendi, si tempore venditionis nomen eodem pretio debitori oblatum sit, ac is emere detrectaverit, Grotius *d. cap.* 16. *num.* 17. 18. Groenewegen ad *d. l.* 22. *in fine*. Uti &, si actionum plurium universitas sit vendita, dum vel totum mercatoris calendarium distractum est, vel sub hereditate vendita plures actiones comprehensæ sunt: cum enim ex talibus nominibus alia possint bona esse, alia minus bona, alia prorsus inania ac mala, definiri nequit, quanti nomen unumquodque comparatum sit, ac proinde nec quantum reddi deberet per retrahentem. Responsa Jurisc. Holl. part. 4. *consil.* 195. *pag.* 353. Non etiam ei locus est, quoties auctione publica nomen distractum ac plus licitanti addictum est, *d. consil.* 195. Adde *tit. praced. num.* 23. Nec denique, si reditus & nomina viliore pretio emta sint ob belli calamitates aliaque similia incommoda; sic ut emtor periculum subierit plenariæ amissionis; cum æquum sit commoda cujusque rei eum sequi, quem incommoda sequuntur, & penes eum spem lucri esse, penes quem damni metus est. In quam sententiam cum a variis Hollandiæ Jurisconsultis responsum esset, etiam decreto Ordinum Hollandiæ responsum illud confirmatum fuit; ac apprime locum invenit in nominibus provinciarum ac civitatum, difficillimis bellorum temporibus minoris emtis. Vide Responsa Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 89.

TITULUS V.

De rescindenda Venditione, & quando liceat ab emtione discedere.

SUMMARIA.

1. *Quando possit mutuo consensu ab emtione recedi? an in præjudicium juris, quod tertio vel fisco ex venditione quæsitum est?*
2. *Quo modo per acceptilationem ex uno latere factam resolvatur utrimque obligatio ex venditione perfecta? Quid juris, si quis id, quod prius pure emit, postea emat sub conditione?*
3. *Recensentur causæ, ex quibus, invito alterutro, venditio resolvi potest, præcipue enormis læsio.*
4. *An propter enormem læsionem condictio ex lege movenda sit, an vero restitutio in integrum petenda? An magis actio ex emto vendito instituenda sit? Quid moribus? Et intra quod tempus?*
5. *Habet locum* l. 2. C. de rescind. vend. *sive emtor, sive venditor læsus sit. Quando emtor intelligatur læsus ultra dimidium justi pretii? An hoc remedium heredi & in heredem detur? An debitori, si creditor pignus vendiderit?*
6. *An hoc remedium detur adversus tertium, in quem emtor rursus rem alienavit? & quid si emtor secundus in bona fide sit, vilioris tamen emerit?*
7. *Cui incumbat probatio in quæstione læsionis? cujus temporis pretium inspiciendum sit? an considerandum sit pretium affectionis? an, quod thesaurus in fundo vendito repertus sit?*
8. *Si reus conventus eligat resolutionem contractus ob enormem læsionem, an impensæ in rem emtam per emtorem factæ restituendæ sint?*
9. *An laudemia, & alia, dominis directis aut fisco soluta pro venditione, restituenda sint per dominum directum aut fiscum? An iterato solvenda pro resolutione contractus? An emtor, si laudemia & alia soluta repetere nequeat ab illis, quibus solvit, ea repetere possit ab ipso venditore?*
10. *An pretium cum medii temporis usuris, & an res cum medii temporis fructibus restitui debeat? prolixe discutitur.*
11. *An præstandæ sint usuræ pretii superflui, quod reddendum, vel ejus quod in supplementum pretii vilioris addendum est, casu, quo venditio ob læsionem non resolvitur?*
12. *An hoc remedium etiam locum habeat in mobilibus pretiosioribus?*
13. *Habet etiam locum hoc remedium in ceteris bonæ fidei judiciis, quæ emtioni similes; puta permutatione, datione in solutum, locatione, emphyteusi: at non in permutatione beneficiorum ecclesiasticorum.*
14. *Non etiam in commodato & similibus; nec in negotiis stricti juris. Quid moribus?*
15. *Cessat hoc remedium in hereditate, & alea vendita; in vendito jure aperiendi lapicidinas aut metallifodinas, venditione fructuum nasciturorum, aut ususfructus, aut reditus vitalitii, uti & in contractu assecurationis?*
16. *Cessat, si testator jusserit testamento rem vendi certo pretio, sive sciverit sive ignoraverit verum pretium. An habeat locum, si judicis jussu solenniter venditio auctione publica facta sit? An, si tantum auctione publica sed sine judicis auctoritate, ex domini voluntate venditio instituta sit? an, si magistratus decreto res minorum vendita?*
17. *Cessat, si quis sciverit verum rei pretium, cum pluris emeret, aut venderet minoris.*
18. *Item, si quis specialiter huic remedio renunciaverit, vel pactum sit appositum, ut pro donato haberetur quicquid infra vel supra justum pretium apparet datum.*
19. *An locum habeat, si res sine culpa emtoris perierit? Quid juris, si emtor eam majore pretio vendiderit tertio, antequam casu interiret?*
20. *An emtor uti possit remedio* l. 2. *si ipse rem rursus alteri vendiderit?*

1. Quemadmodum emtio venditio quibusdam ex causis ab initio nulla est, veluti ob dolum huic contractui causam dantem, nec non multifariam ob errorem, de quibus alibi; ita & quæ ab initio substitit subinde infirmatur, idque vel mutuo consensu, vel ad unius petitionem altero invito ac repugnante. Utriusque voluntate resolvi potest secundum vulgatam regulam in *l. nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. juris*, *§. ult. Instit. quib. mod. toll. oblig. l. cum emtor* 5. *§.* 1. *ff. h. t.* si modo perfecta tantum fuerit venditio, necdum ab alterutro latere per rei traditionem aut pretii numerationem impleta; atque insuper in nullius tertii fraudem ab emtione discedatur. Nam si ex uno latere implementum secutum esset, in irritum deduci contractus haud posset, nisi concurrente pretii soluti aut rei traditæ restitutione. Sin utrimque venditio ita jam consummata sit, ut nulla ulterior ex emto aut vendito supersit obligatio, resolvi utriusque voluntate non potest vinculum, quod solutione jam ipso jure dissolutum est; sed nova potius emtione res vendita ad pristinum deberet venditorem reverti, *l. ab emtione* 58. *ff. de pactis*, *l.* 1. 2. *C. quando liceat ab emtione discedere.* Sed &, si tertio ex venditione perfecta jus quæsitum fuerit, nec tunc venditionis resolutio in ejus præjudicium recte sit. Qua ratione & fisco suum quadragesimæ jus semel quæsitum manebit intactum, & agnatis aliisque similibus retractus exercendi facultas illibata, utcunque fuerit utriusque voluntate ab emtione discessum, ut dixi *tit. de lege commissoria num.* 24. Adde *edictum Ordinum Holland. de quadragesima & vicesima* 16. *Aprilis* 1671. *art.* 34. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 1012.

2. Censetur autem mutuus ille utriusque consensus in venditionis resolutionem etiam tunc interpositus, cum ab uno latere acceptilatio intercessit: quoties enim vel emtor venditori, vel emtori venditor, acceptum facit, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur, & perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, *ut neuter ab altero quicquam peteret.* Qualem tamen acceptilationem in hac causa *non sua natura sed potestate conventionis valere*, Julianus ait, *l. cum emtor* 5. *ff. h. t.* & merito: nam cum ea acceptilationis natura sit, ut solam ipso jure dissolvat contractam verbis obligationem, *§.* 1. 2. *Instit. quib. mod. tollitur oblig.* sequitur, eam aliorum contractuum intuitu inutilem esse; sed quia acceptilatio inutilis continet nihilominus pactum u-

tile, *l. an inutilis* 8. *ff. de acceptil.* is, qui acceptilatione inutili liberatus est, vel doli vel pacti exceptione se potest tueri, *l. si accepto latum* 19. *ff. de acceptilat.* atque ita verum est, in hac quoque emtione, non verbis sed consensu contracta, acceptilationem *non sua natura*, sed *potestate conventionis*, id est, pacti de non potendo valere, *d. l.* 5. *ff. h. t.* Quod autem acceptilatio ab uno tantum latere interposita obligationem utrimque perimit, ejus illa ratio est, quia, licet communi consensu recedi a parte venditionis possit, sic ut ex uno latere vel aucta vel diminuta intelligatur obligatio, *l. juris gentium* 7. §. *adeo autem* 6. *ff. de pactis*, *l. si emtio* 4. *ff. h. t. l. pacta conventa* 72. *ff. de contrah. emt.* tamen secundum Pomponii sententiam *pro una parte contrahentium abiri pacto ab emtione non potest*, nec id agi, ut unus tantum obligatus maneat, *l.* 1. *ff. h. t.* Plane si non amplius in nudis conventionis terminis consistat emtio locatio similesque initi consensu contractus, sic ut etiamnum utrimque supersit obligatio, sed jam ex uno latere res intercesserit, seu, traditione rei vel pretii numeratione implementum ex uno latere jam subsecutum sit, nihil obstaret, quo minus per interpositam ex uno latere acceptilationem resolvatur quoque obligatio ex eo solo latere, ex quo etiamnum superstes est, *l. ult. ff. de acceptilat.* Confer Zangerum *de exceptionibus part.* 3. *cap.* 4. Quod si id, quod quis pure emit, sub conditione rursus emat, nihil agi posteriore emtione, Paulus monet *l. si id quod* 7. *pr. ff. h. t.* quod non eo sensu accipiendum puto, quasi venditio maneret pura: sed potius, quod existente conditione eadem emtio sit, quæ prius intercesserat, in quantum post conditionis eventum nihil aliud in posteriore, quam in priore venditione, comprehensum est: neque enim ulla ratio facit, quo minus mutuo contrahentium consensu ex conditione suspendatur, quod ab initio pure contractum fuit, ut notat Brunnemmannus *ad Pand. d. l.* 7. *ff. h. t.*

3. Invito contrahentium altero licet perfecta venditio ne ex rescripto quidem Principis infirmanda sit, *l. de contractu* 3. *C. h. t.* tamen rescissio ejus variis ex causis fit, puta, ex legis dispositione, dum forte curiales furtim sua bona vendiderunt, ut imposita munera civitatum fuga destituant, *l. pen. C. h. t.* vel pater in casu necessitatis filium sanguinolentum distraxit, quippe quem oblato pretio vel mancipio vicario dimittere emtor invitus compellitur, *l.* 2. *C. de patribus qui filios suos distrax.* Sed & ex edicto ædilium propter vitium morbumve resolvi venditionem per actionem redhibitoriam, dicetur *tit. de ædilit. edicto.* Ac denique per sententiam judicis ob enormem potissimum læsionem, quæ est ultra dimidium justi pretii, licet dolus desit ex proposito. Nam etsi naturaliter liceat in pretio contrahentibus se circumvenire, neque propter minimam causam seu læsionem res bona fide gesta inemta fieri debeat, *l. res bona fide* 54. *ff. de contrah. emt. l. in causa* 16. §. *idem* 4. *ff. de minor.* 25. *annis*, tamen cum apparente enormi læsione res ipsa dicatur in se dolum habere, *l. si quis, cum aliter* 36. *ff. de verb. oblig.* locus est remedio legis 2 *C. h. t. de rescind. vend.* ex quo non præcise ad contractus rescissionem agitur, sed magis alternatim ad id, ut, arbitrio & electione rei hoc judicio conventi, vel emtio dissolvatur reddito pretio & restituta re distracta, vel iniquitas pretii corrigatur, ad veram usque æstimationem rei supplendo illud aut diminuendo, *d. l.* 2. *C. h. t.* Ant. Faber. *Cod. libr.* 4. *tit.* 30. *defin.* 21. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *c. ult. in pr.* Carpzovius *defin. for. p.* 2. *constit.* 34. *defin.* 7.

4. Qua vero actione experiendum hoc casu sit, non expeditum satis; dum nonnullis placet ex lege condictio, quasi per *d. l.* 2. nova actio inducta esset, nec tamen expressum nomen actionis, arg. *l. unic. ff. de condict. ex lege*, aliis extraordinaria restitutionis imploratio necessaria visa fuit; quod & moribus hodiernis probatum ac praxi firmatum est, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holland. lib.* 3. *cap. ult.* Ant. Faber. *d. libr.* 4. *tit.* 30. *defin.* 21. Groenewegen ad *l.* 2. *C. h. t.* Sed ex juris Romani principiis hanc in rem rectius actiones ex emto aut vendito dixeris comparatam fuisse. Præterquam enim, quod novum non sit, utilem esse actionem ex emto etiam ad distrahendam emtionem, *l. ex emto* 11. §. *is, qui vina* 6. *ff. de action. emti*, & ad emendandam pretii iniquitatem, si animi vitiis, aut morbis corporis vitiisve patentibus res emta laboret, *l.* 1. §. *penult. in fin.* & §. *ult. l.* 2. 3. 4. *ff. de ædilit. edict.* constat insuper, jam olim ante *d. l.* 2. *C. h. t.* (cujus actores Diocletianus & Maximianus imperitarunt post excessum laudatorum in Pandectis Jurisconsultorum) læsionem enormem non modo improbatam fuisse, sed & remedia adversus eam fuisse data *l. jure succursum* 6. §. *ult. ff. de jure dot. l. in proposita* 78. *l.* 79. *ff. pro socio.* Corrigenda scilicet fuit iniquitas manifesto apparens *per judicium bonæ fidei*, ut Paulus ait in *d. l.* adeoque intentata actione pro socio, ex emto, vendito, aliaque simili, prout vel in societate, vel in emtione venditione gravem intervenisse læsionem probari potuerit, ut judex ex natura actionum bonæ fidei æstimans ex bono & æquo etiam extra conventionem partium, quantum actori tribuendum sit, reducat non observatam in contrahendo æqualitatem. Ne dicam, ipsam quoque electionem, an is, qui rem viliori pretio æstimatam habet, eandem restituere, an pretium magis supplere, malit, jam Ulpiani tempore notam fuisse, *l. si res æstimata* 12. §. 1. *ff. de jure dotium.* Quibus consequens est, in *d. l.* 2. *C. h. t.* nihil aliud novi fuisse inductum, quam quod definitum sit, eam esse enormem læsionem, quæ ultra dimidium justi pretii est, cum id antea magis arbitrio judicis relictum esset. Estque ex hoc, ut opinor, fundamento, quod, licet moribus restitutionis auxilium secundum jam dicta implorari soleat, restitutionis tamen petendæ licentia quadriennio vulgato circumscripta non sit, sed ad exemplum personalis ex emto actionis integris annis triginta durent. Sande *decis. Frisic. libr.* 3. *tit.* 4. *defin.* 11. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap. ult. num.* 16. 17. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 16. *n.* 58. *in fine*, licet alia tempora alibi definita esse tradat Perezius *C. h. t. n. ult.*

5. Inter emtorem & venditorem quantum ad hoc adversus læsionem remedium nihil interest. Quanquam enim in *d. l.* 2. *C. h. t.* tantum venditoris læsi mentio est, tamen & in emtoris persona eadem æquitatis ratio militat & æque principalis, ac ex negotio bonæ fidei descendens, utriusque tum emtoris tum venditoris obligatio sit, & in omnem eventum condonandum magis emtori sit circa rei emendæ ve-

rum pretium erranti, quam quidem venditori dominium habenti, dum quisque suarum magis quam alienarum rerum pretia novisse & potest & debet, *l. quisquis* 15. *C. h. t.* arg. *l. generaliter* 24. §. *si quis alienum* 12. *ff. de fideicomiss. libert.* Fachineus *controv. libr.* 2. *cap.* 16. Pinellus *ad l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 1. *cap.* 2. *num.* 1. Donellus *ad l.* 2. *C. de rescind. vendit. num.* 17. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 34. *defin.* 8. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 14. Videtur autem emtor læsus ultra dimidium, non modo, si verbi gratia rem decem aureis valentem comparaverit aureis viginti & uno; sed &, si sexdecim aureis emta sit. Cum enim in omni eo læsio sit, quod a justa recedit pretii cum re proportione, inficias iri nequit, quin, uti venditor ultra dimidium læsus intelligitur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit, adeoque minus quam quinque, ubi pretium justum decem aureorum est; ita quoque emtor ultra dimidium læsus dici debeat, si supra verum decem aureorum pretium amplius quam quinque venditori præstiterit. Emtoris sane ac venditoris parem in emtionis contractu obligationem esse, & venditori quidem loco rei decem valentis ac ex patrimonio venditoris abeuntis, decem in pretio acquiri, emtori vero per decem aureorum, tanquam pretii justi, solutionem patrimonium diminuenti, alia decem in re vendita tanti valente accedere debere, explorati juris est: cum ergo uterque utrique ad eandem quantitatem sive in re sive in pretio obligatus sit, iniquum esset, unum magis quam alterum sine juris remedio aut inæqualitatis emendatione in damno hærere; quod tamen eveniret, si venditori infra aureorum quinque quantitatem accipienti pro re decem aurei valente succurrendum esset, non item emtori ultra aureos quinque supra verum decem aureorum pretium solventi æque ita parem seu ejusdem quantitatis læsionem cum venditore subeunti. Quibus accedit, quod hujus legis remedium etjam in permutatione locum habet, ut post dicetur; idque, quia permutatio emtioni similis est, ac proinde, ut ex utriusque permutantis latere æqualis quantitatis læsio remedii hujus auxilium admittit, ita quoque nulla ratio est, cur non æqualis quantitatis læsio in emtione æque emtori, ac venditori, præberet hujus remedii implorandi facultatem. Et hanc communiorem fuisse veterum opinionem plerique fatentur, licet ipsi dissentientes Fachineus *controv. lib.* 2. *cap.* 16. Pinellus *ad l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 1. *cap.* 2. *n.* 4. *& seqq.* Mynsingerus *cent.* 4. *observ.* 73. Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 6. Donellus *ad l.* 2. *C. h. t. n.* 17. eamque tuetur post Glossam & alios, ac magis in foro receptam testatur Covarruv. *variar. resolut. lib.* 2. *cap.* 3. num. 9. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 14. Heredibus tum venditoris tum emtoris hoc remedium competere, licet defunctus non tentaverit, vix dubitari potest, si consideres, juris ejusdem ac potestatis heredem esse, cujus defunctus fuit, *l. heredem ejusdem* 59. *ff. de reg. juris.* Sive enim actionem ex emto hic admiseris, ea ex juris principiis heredi ac in heredem datur; sive restitutionis auxilium implorandum fuerit, & hoc ne minorennium quidem heredibus, si ex capite minorennitatis petatur, denegari patet ex *l. minor autem* 18. §. *ult. l.* 19. *ff. de minor.* 25. *annis.* Gothofredus *in not. ad l.* 2. *C. h. t.* Et quia creditor pignus vendens debitoris vices gerere videtur, sic ut & debitor ex pactis venditioni pignoris per creditorem adjectis agere adversus emtorem possit etiam ad rei ipsius restitutionem, perinde ac si ipse vendidisset ac refuso pretio restitutionem rei pactus esset, *l. si creditor* 7. §. 1. *ff. de distract. pign. & hypoth. l. si, cum venderet* 13. *ff. de pignorat. act.* ipsi quoque debitori hoc remedium jure assertum est. Pinellus ad *l.* 2. *Cod. de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 2. *num.* 1. *& seqq.*

6. Utitur hoc legis secundæ remedio læsus emtor aut venditor adversus eum, quocum contraxit, sive emtorem sive venditorem; non item adversus tertium, in quem forte emtor rursus rem alienavit; cum personalis sit hæc actio ex contractu quippe nata, etiamsi ex praxi restitutio in integrum simul concurrat, Gomesius *var. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 22. *in med.* Nisi emtor paupertinus sit, &, cum vilioris emisset, rursus dolo malo in fraudem venditoris minori itidem pretio distraxerit, emtoremque secundum fraudis participem fuisse probari possit, arg. *l.* 1. *C. si venditio pign. agatur, l. si procuratorem* 8. §. *sed & si* 1. *ff. mandati.* Fachineus *controv. lib.* 2. *cap.* 18. Covarruvias *var. resol. lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 10. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 172. Sed &, si fraude emtorem secundum carere constet, iniquum tamen fuerit, eum cum primi venditoris jactura locupletari; ac proinde mediante saltem in integrum restitutione venditori primo adversus emtorem secundum succurri, æquitas postulat, ubi emtor primus solvendo non est, arg. *in causæ cognitione* 13. §. *ult. l.* 13. *ff. de minor.* 25. *annis, l si uxor tua* 3. *C. si vendito pign. agatur.* Nec perperam forte ad actionem Paulianam refugium venditori primo læso concesseris; in quantum emtor primus in fraudem venditoris rem vilioris iterum vendens secundo, intelligi potest eatenus donationem contulisse in emtorem secundum, quatenus infra verum pretium consulto distraxit; fraudem vero accipientis actio Pauliana non desiderat, quoties donationis jure res in fraudem creditorum alienatæ sunt, dum melior in pari causa est conditio agentium de damno evitando, quam eorum, qui de lucro captando agunt, *l. quod autem* 6. §. *simili modo* 11. *ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.* Confer Tiraquellum ad *l. si unquam C. de revoc. donat.* verbo *revertatur n.* 329. Covarruviam *d. lib.* 2. *c.* 3. *n.* 10. Berlichium *decis.* 157. Neque his adversantur ea, quæ a Pinello ad *l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 32. & Fachineo *d. lib.* 2. *cap.* 18. in contrarium adducta sunt. Etsi enim tunc, cum fraus emtoris concurrit, rescissionem venditionis pignoris per creditorem dolo malo factæ impetrari posse rescriptum si in *l.* 1. *C. si vend. pign. agatur,* non tamen negatur, rescissionem concedi, si emtor in dolo non sit; ideoque ex *d. l.* 3. *C. eod. t.* generaliter rescissionem indulgente, si creditor vendens solvendo non sit, suppleri debet, quod d. lege primæ deest. Longe minus urget, *l. æris* 15. *C. de donation.* quippe quæ simpliciter definit, onere æris alieni non donatarium, sed heredem donantis gravari; non vero negat, infirmari posse donationem in fraudem creditorum factam, si donator, ea ratione solvendo non sit.

7. Porro læsionis enormis probatio actori incumbit, cum facti sit, neque in contractibus utrimque obligatoriis læsio præsumatur. Ac considerandum pretium, quod venditionis tempore justum fuit in eo lo-

eo, in quo venditio celebrata est, non quod hoc tempore, quod agitur, rei respondet, *l. si voluntate* 8. *in fine C. b. t.* ne alias infirmæ multifariam redderentur venditiones, dum & varia sunt rerum pretia per singulas civitates, *l. ideo* 3. *ff. de eo quod certo loco*, & in dies pro variante hominum opinione, rerumque penuria vel abundantia, aliisque circumstantiis, pretia crescunt ac minuuntur, *l. pretia rerum* 63. §. *ult. ff. ad leg. Falcid.* ut merito Seneca dixerit, *pretium cujusque rei pro tempore esse*, *lib.* 6. *de benef. cap.* 15. Pretium autem an justum an injustum sit, ex qualitate rei, ac redituum quantitate, æstimandum est, *l. si quos* 16. *C. b. t. l. pen. ff. de reb. eorum, qui sub tut. vel cura sunt, &c.* Non item ex peculiari, qua quis in rem venditam ducitur, affectione, arg. *l. in lege Falcidia* 62. §. 1. *l. pretia* 63. *ff. ad leg. Falcid.* Covarruvias *var. res. lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 4. Uti nec ex eo, quod in fundo minoris forte pretii post venditionem thesaurus repertus sit; cum neque pars fundi neque fructus fundi dici queat, *l. fructus* 7. §. *si fundum* 12. *ff. soluto matrimon.* sed magis *donum fortunæ* & *Dei beneficium*, at *munus loci* credatur esse, *l. si is, qui* 63. §. *si communis* 1. *ff. de acquir. rer. domin. l. unic. C. de thesauris.* Sixtinus *de regalibus lib.* 2. *cap.* 21. *num.* 43. 44.

8. Quod si reus hoc conventus judicio eligendam duxerit emtionis totius resolutionem, res quidem ipsa ex uno latere, pretium vero, quod datum fuit, ex altero latere restituendum est, *d. l.* 2. *C. b. t.* Sed & si quas impensas medio tempore emtor bona fide in rem emtam necessario aut utiliter erogaverit, harum quoque restitutionem oportere fieri verius est. Si enim tunc, cum minor adversus rei suæ venditionem ex capite minorennitatis restituitur, reddere emtori teneatur, quæ ab eo interim impensa sunt, utcunque favorabilis alioquin & ætas & causa minorum sit, *l. intra utile* 39. §. *ult. ff. de minor.* 25. *annis*, *l. si prædium* 16. *in fine*, *C. de prædiis & aliis reb. minor. sine decreto non alien.* Si & is, qui rem in diem addixit, resoluta venditione per allatam conditionem meliorem, necessario erogata restituere compellatur, licet emtor impendens sciverit a se facile addictum posse dominium abire, *l. Imperator* 16. *ff. de in diem addict.* Si denique fiduciario heredi, qui fideicommisso ex certo die gravatus est, reddi debeat quod in ædium exustarum instaurationem depensum est, tametsi sciebat se temporarium tantum dominium habere, *l. qui exceptionem* 40. §. *si pars* 1. *ff. de condict. indeb.* quidni eodem imo majori jure post resolutam ex enormi læsione venditionem emtor recuperet meliorationes, quas bona fide in rem, plenissimo perpetuoque dominii jure ex causa emtionis sibi quæsitam, a se factas docet? Ne dicam, parem hoc in casu rationem esse hujus sive actionis ex emto sive restitutionis ob enormem læsionem, quæ redhibitoriæ actionis est, in quantum utrobique ab initio dominium eâ mente in emtorem translatum & ab eo acceptum fuit, ut apud eum perpetuo maneret, nunquam ab eo nisi ex nova voluntate novaque causa abiturum; utrobique tamen idem illud dominium postea ob detectam, quæ tempore venditionis ignorabatur, læsionem revertitur ad venditorem resoluta venditione; (nam & in emtione rei, quæ propter latens vitium ne emenda quidem per scientem fuisset, læsionem esse non ambigitur) & tamen actione redhibitoria non pretium tantum, sed & impendia in rem vitiosam facta per redhibentem recuperari, colligi potest ex *l. debet autem* 27. *l. illud sciendum* 29. §. *ult. l.* 30. §. 1. *l.* 31. *pr. ff. de ædilit. edict.* Confer Pinellum *ad l.* 2. *Cod. de rescind. vendit. part.* 2. *cap.* 3. *num.* 1. *& seqq.* Garsiam *de expensis & meliorat. cap.* 18. *num.* 19. Fachineum *controv. lib.* 2. *cap.* 20. *in pr.*

9. Quia vero sæpe venditionis intuitu laudimia dominis directis feudi & emphyteuseos, quadragesima aut alia pretii pars (*gabella* vulgo) fisco pendenda est, ac plerisque placet solutas fisco gabellas ob resolutam ex enormi læsione venditionem non posse repeti, licet ob rescissionem ex hac causa iterato solvendæ non sint, ut pote ex contractu, at non ex distractu debitæ: idemque nonnulli in laudimiis oportere statui arbitrantur, etsi alii dissentiant; de quibus vide Garsiam *de expens. & meliorat. d. cap.* 18. *num.* 46. *& seqq.* Pinellum ad *l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 3. *num.* 35. Gomezium *varior. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *num.* 31. consequens est, ut dicamus, toties, quoties fisco vel dominis directis pro venditione depensa post resolutam hoc remedio venditionem a fisco dominisve reddi non debent, venditorem emtori cum aliis in rem emtam erogatis hoc quoque oportere refundere, ut emtor indemnis sit, arg. *l. debet autem* 27. *in fine ff. de ædilit. edict.*

10. Fructus quod attinet, si quos medio tempore ante litem contestatam emtor perceperit, restituere non cogitur, sive jam consumti ante fuerint, sive litis contestatæ tempore etiamnum extiterint; cum eos emtor non ut possessor bonæ fidei, sed ex dominii jure, suos fecerit: uti ex adverso nec usuræ pretii restituendæ sunt, nisi a tempore litis contestatæ, sed magis cum fructibus penes emtorem remanentibus compensandæ, cum altum in *d. l.* 2. *C. b. t.* & in toto jure nostro, de fructuum aut usurarum restitutione post resolutam ex læsione enormi venditionem silentium sit; etiamsi propter rei ac pretii inæqualitatem fructus quoque non satis usuris ex pretio percipiendis plerumque respondeant. Nam si venditorem læsum ponas, & emtorem ab eo conventum prætulisse contractus dissolutionem, fatendum quidem, illum fructus retinentem plus probabiliter habiturum, quam si iisdem redditis vicissim pretii vilioris usuras reciperet; sed est, quod sibi læsus imputet, quod rei suæ pretium & tempore venditionis & toto tempore medio usque ad actionem motam ignoraverit, cum non potuisset tantum, sed & debuisset scire, juxta *l. quisquis* 15. *C. b. t.* Contra, si emtor in pretio circumventus sit, & ob id venditor conventus ab emtione recedere maluerit, postquam diutius pretii majoris habuerat usum, & ita usuras inde majores lucrari potuit, quam fructuum perceptorum utilitas apparet, est, quod & hoc damnum suæ culpæ propriæ emtor acceptum ferat, quod non maturius verum rei jam suæ effectæ, pretium didicerit, ac quantocius hoc legis secundæ remedio expertus sit: si ut utrobique locum inveniat illud, eum, qui damnum sua culpa sentit, dum non mature, utitur legum auxilio adversus læsionem comparato, non intelligi damnum sentire, *l. quod quis ex culpa* 203. *ff. de reg. juris.* Gomezius *variar. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 24. Fachineus *controv. lib.* 2. *cap.* 24. Ant. Faber *de error. pragmat. decad.* 7. *error.* 7. *n.* 1. Merenda *controv. lib.* 1. *cap.*

46. Pinellus *ad l. 2. C. de resc. vend. part. 2. cap. 4. n. 1. & seqq.* Mynsingerus *cent. 4. observat.* 37. *n.* 8. Parladorius *rerum quotid. lib. 2. cap. fin. part.* 5. §. 16. *n.* 12. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 4. *defin.* 12. *in fine.* Neque hanc evertit sententiam argumentum ab addictione in diem petitum ex *l. ubi autem* 4. §. *idem Julianus* 4. *l. item quod* 6. *ff. de in diem addict.* cum illic emtio tota resolvatur vi pactionis ab initio ex venditoris simul ac emtoris voluntate appositæ, atque ita tantum revocabile dominium fuerit emtori quæsitum; quorum neutrum in nostro casu est; ut proinde diversa sit ratio. Non etiam adversatur, quod & in redhibitoria actione res cum fructibus ac pretium cum usuris reddi debeat, *l. illud sciendum* 29. §. *condemnatio* 2. *ff. de ædil. edict.* & tamen non minus illic, quam hic, vitiosæ rei irrevocabile dominium initio inspecto in emtorem translatum sit, ac æque propter læsionem invito venditore ab emtione discedatur. Tametsi enim in eo tertio convenientia est, differentiæ tamen ratio, quantum ad quæstionem præsentem, in eo apparet, quod in actione redhibitoria neutrius culpa est, aut saltem facile abesse potest; dum vitium latens erat, cujus & in emtore & in venditore justa ignorantia est; atque insuper vitium tale, ob quod emtor, si scivisset, emturus non fuisset: ut proinde justum quoque fuerit, in totum ita resolvi, venditionem, ac si nunquam intercessisset; id vero tum quam maxime sit, cum & res cum fructibus & pretium cum usuris reddit. At nostro in casu semper in contrahendo temeritas est & culpa ignorantis verum rei suæ pretium, quod & consultis peritioribus scire potuit, & ex legum præcepto ignorare non debuit, *d. l. quisquis* 15. *C. h. t.* atque insuper non simpliciter ad rescissionem ex læsione contenditur, uti quidem redhibitoria actione, sed magis alternatim, juxta *d. l.* 2. *C. h. t.* ut mirum non sit, electa per reum contractus resolutione non adeo plenam fieri restitutionem respectu fructuum, emtoris sæpe cura singulari atque industria perceptorum. Leve vero est, quod ajunt, ad minorem adversus venditionem restitutum una cum re & fructus redire, *l. quod si minor* 24. §. *sed & si* 4. *ff. de minor.* 25. *annis*, alienatione prædiorum pupillarium sine decreto facta, ac propterea ipso jure inutili, prædiorum pariter & fructuum repetitionem esse, *l.* 1. *C. si major factus alien. rat. habuerit*, & quæ sunt alia his similia. Cum & minorum restitutionem causa favorabilior sit, quam majorennium; & facilius fructuum restitutio imponatur, ubi ipso jure venditio nulla est, & ita emtor nullo munitus titulo, fructus non ex sua sed pupillari re collegit.

11. Ex eo autem, quod neque fructus rei, neque usuræ pretii restituenda sunt, sponte sequi videtur, etiam tunc, cum reus iniqui pretii elegit emendationem, nec ejus quod ab emtore supplendum, nec ejus quod per venditorem reddendum, usuras ratione temporis litem contestatam antecedentis deberi, præsertim si consideremus, nullam penitus obligationis usurariæ causam esse. Lege enim secunda *C. h. t.* non aliud dispositum, quam ut venditor id, *quod justo deest pretio, ab emtore recipiat.* Conventionem deesse, in aperto est. Moram ex persona haud intercessisse constat, quamdiu interpellatio facta non est. Nec denique ulla mora ex re subesse dici potest, unde usuræ præstandæ forent, ubi secundum ante probata ad fructuum interim ex re vendita perceptorum restitutionem emtor devinctus non est arg. *l. curabit præses* 5. *C. de act. emti.* Sande *dec. Frisic. lib.* 3. *t.* 4. *defin.* 14.

12. Ceterum, tametsi in *d. l.* 2. *C. h. t.* tantum *fundi* mentio est, tamen & in ædibus, & mobilibus pretiosioribus distractis, (non item simplariis seu vilibus) huic remedio locum esse, communiter obtinuit; tum quia in *pr. d. l.* 2. generalius proponitur *res majores pretii* minoris distracta; tum quia & in rebus pupillaribus non sine decreto alienandis mobilia pretiosa immobilibus exæquata sunt, tanquam talia, in quibus æque ac immobilibus læsio gravis minoribus evenire posset, *l. lex, quæ tutores* 22. *C. de administrat. tut.* tum denique, quia æque in mobilibus majoris momenti, ac in immobilibus, æqualitati in commerciis desideratæ læsio ultra dimidium interveniens adversatur, neque ratio naturalis aut æquitas patitur, in gemma decem millium læsionem ultra dimidium, adeoque ultra quinque millia, sine remedio esse, in prædiolo aureorum centum ob læsionem quinquaginta duorum rescissionem aut saltem emendationem iniquitatis impetrari, Argentræus ad *consuet. Britann. art.* 282. *lit. F.* verbo, *pour deception.* Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 2. *de resciss. contract. gloss.* 15. *n.* 34. & 36. Pinellus *de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 2. *n.* 17. Parens p. mem. Paulus Voet *de natura mobil. & immobil. cap.* 20. *n.* 6.

13. Quamvis etiam venditionis solius meminerit *d. l.* 2. *C. h. t.* legis tamen istius remedium per Doctores ad omnia bonæ fidei judicia, in quibus similis iniquitatis manifestæ reprobandæ ratio reperitur, productum est; & merito: nam & ante *d. l.* 2. læsis enormiter in societate, in dote similibusque succursum fuit, *l. in proposita* 78. *l.* 79. *ff. pro socio*, *l. jure succursum* 6. §. *ult. ff. de jure. dot.* & iidem Imperatores Diocletianus & Maximianus, *qui d. l.* 2. auctores sunt, generalius rescripserunt, *in contractibus, qui bonæ fidei sunt, etiam majoribus officio judicis, causa cognita, publica jura subvenire, l. in contractibus* 3. *C. quibus ex causis majores in integ. restit. debere in bonæ fidei judiciis quod inæqualiter factum est in melius reformari*, ideoque majoribus etiam per fraudem vel dolum, vel perperam sine judicio factis divisionibus solere subveniri, *l. majoribus* 3. *C. commun. utriusque judicii*, confer *tit. familiæ erciscund.* 35. Cum ergo permutatio emtioni proxima sit, arg. *l.* 1. *pr. ff. de contrah. emt.* §. *item pretium* 2. *Inst. de emt. vend.* uti & locatio conductio, quippe iisdem, quibus emtio, regulis nitens, *pr. Instit. de locat. conduct.* atque etiam datio in solutum emtionis vicem obtineat, *l. si prædium* 4. *C. de eviction.* ac denique emphyteusis ad emtionem pariter ac locationem proxime accedat, §. *adeo autem* 3. *Inst. de locat. conduct.* æquum fuerit, in his quoque omnibus remedio *d. l.* 2. locum dari; ut latius Pinellus ad *l.* 2. *C. de rescind. vend. p.* 1. *c.* 3. Moczius *de contract. de emtione vend. cap. ult. quibus casibus annulletur emti n.* 18. Gomezius *variar. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 22. *in fine.* Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 17. & *seqq.* ad *n.* 26. Perezius *C. h. t. num porro licet* 16. eo excepto, quod in beneficiorum ecclesiasticorum permutationibus illud a DD. reprobatum fuit, dum beneficiorum istorum fieri nequit citra simoniæ crimen, sine æstimatione vero nulla enormis læsio doceri po-

est, aut emendari, Covarruvias *lib.* 1. *var. resol. cap.* 3. *n.* 8. *post. med.* Pinellus ad *l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 1. *cap.* 3. *num.* 16. Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 2. *tract. de resciss. contract. gloss.* 15. *n.* 9. 10.

14. In commodato, deposito, similibusque ab emtione multum distantibus, necnon in stricti juris negotiis, hoc remedium non admitti, communiter placuit ex juris Romani principiis. Licet enim bona fides pati non videatur in stricti juris conventionibus læsionem ultra dimidium, nec eam in istis jus civile probaverit; toleravit tamen, dum voluit judicem in iis in judicando inspicere ac sequi id quod actum est, non quod ex æquo & bono agi debuerat, *l. quicquid adstringendæ* 99. *ff. de verb. oblig. tit. Inst. de oblig. ex consensu in fin.* cum ex adverso in bonæ fidei judiciis laxiorem judici indulserit potestatem æstimandi ex bono & æquo, tantum alteri præstare oporteat, licet id in conventionem deductum non sit §. *in bonæ fidei* 30. *Inst. de action. d. tit. Inst. de oblig. ex consensu*, adeoque etiam officio suo emendandi manifestam, quæ in contrahendo intervenisset iniquitatem, *l. in proposita* 78. 79. *ff. pro socio l. in contractibus* 3. *C. quibus ex causis majores.* Quamvis de cetero in ipsis etiam bonæ fidei judiciis læsionem, quæ dimidia minor est, toleratam fuisse, non item probatam, expeditum sit; dum licuit quidem contrahentibus in pretio se circumvenire, *l. in causa* 16. §. *idem* 4. *ff. de minor.* 25. *annis*, at non omne quod licet, honestum fuit, *l. non omne* 144 *ff. de juris.* Sed cum nostris moribus invaluerit notabiliores illas Romani juris inter actiones bonæ fidei & stricti juris differentias sublatas esse; atque insuper non actione ex emto bonæ fidei, sed restitutionis imploratione, pro læsione enormi læsum oportere experiri; non mirum, quod a nonnullis scriptum invenitur, in omnibus omnino, atque ita etiam in stricti juris negotiis nunc huic remedio locum dari, Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *c. ult. n.* 7. 8. 9. 10. Leeuwen *cens. for. p.* 1. *lib.* 4. *tit.* 44. *n.* 2. usque adeo, ut nec transactionem dispositioni *d. l.* 2. subductam velint. Quorum tamen sententiæ quo minus ratione transactionis accedam, faciunt ea, quæ *tit. de transact. num. ult.* scripta sunt: tametsi transactionem aliis nonnullis ex causis rescindi posse, *eodem titulo num. pen.* probatum est.

15. Considerandum interim, multis in casibus etiam in bonæ fidei negotiis *d. legis secundæ* beneficium denegari. Etenim nec in hereditate vendita locum sibi vindicat, sive *incertum* hereditatis distractum sit, sive simpliciter hereditatis venditio facta fuerit, *l. quod si in* 10. *l. qui filiifam.* 14. §. 1. *ff. de hered. vel act. vendita*, Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 15. Joh. Papon *lib.* 10. *tit.* 3. *art.* 18. Nec in alea emta, veluti jactu retis similibusque, *l. nec emtio* 8. §. 1. *ff. de contrah. emt. l. ex emto* 11. §. *ult. l.* 12. *ff. de action. emti*, arg. *d. l. quod si in* 10. *de heredit. vel act. vend.* Quo & reducenda venditio eorum omnium, quorum incerta utilitas, proventus incertus est; veluti, si lapicidinarum metalli fodinarum aperiendarum, lapidumque ac metallorum inde educendorum jus certo pretio comparatum sit, Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 16. Ant. Matth. *de auction. lib.* 2. *cap.* 4. *n.* 9. 10. 11. Nec non venditio fructuum ex certo fundo nasciturorum, ob incertum plane fructuum proventum, & provenientium valorem, arg. *l. si ea leg.* 17. *C. de usuris*, uti &, si fructuarius suum vendiderit usumfructum, convenienter *l. arboribus* 12. §. *usufructuarius* 2. *ff. de usufr. & quemad. quis utat.* Sande *d. lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 16. *post. med.* vel si reditus vitalitius distractus sit, eo quod incertus omnino vitæ humanæ singulis in hominibus exitus est: vel denique per *assecurationem* vulgo dictam periculum mercium receptum fuerit, Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 23.

16. Cessat præterea, quoties testator testamento jussit, rem certo vendi pretio, sed quod dimidiato minus est, *l. si cui legetur* 49. §. *ult. ff. de legatis* 1. sive enim justum sciverit rei pretium, videri potest id, quod amplius in vero pretio est, emtori legasse: sive contra ignoraverit, error ille non impediet, quo minus voluntas ejus effectum sortiri debeat, quia exitum habere potest, arg. §. *si quis rem suam* 11. *Instit. de legatis*, Pinellus *ad l.* 2. *Cod. h. t. par.* 1. *cap.* 1. *num.* 19. Mozzius *de contract. de emt. vendit. par. ult. num.* 16. *in med.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap. ult. num.* 12. ibique Groenewegen *in notis.* Non etiam locum habet *d. l.* 2. remedium, si auctione publica ex decreto judicis judicati exsequendi causa venditio facta sit; quo casu in Hollandia ne tunc quidem ad hoc remedium pateret aditus, cum Ecclesia vel pupilli creditores sunt, in quorum gratiam executio fit; cum solis succurratur minoribus, si res eorum oppignoratæ solemniter distractæ sint, & enormis deinde læsio appareat, *l. si ex causa* 9. *pr. ff. de minor.* 25. *annis, l.* 1. *Cod. si adversus vend. pign.* Neustadius *curiæ supr. decis.* 75. Grotius *d. lib.* 3. *cap. ult. num.* 11. Groenewegen ad *l.* 16. *C. h. t.* & *ad l.* 13. *C. de evicti*on. Imo, si fiscus pro debitis fiscalibus distractionem bonorum ad debitores pertinentium sub hasta fecerit, ne minorennibus quidem debitoribus adversus talem venditionem succurri debere, rescriptum fuit, *l. quæcunque pro* 5. *in fine Cod. de fide & jure hastæ fiscalis.* Adde *l. si deserta* 2. *C. si propter pensit. public.* Nisi per apparitores & executores distractionem facientes fraus & collusio, atque adeo gratiosa venditio ac addictio facta sit; quippe quam neque in minorennium neque in majorennium præjudicium ratam esse oportere, jubet fraudis impatiens bonæ fidei negotiorum, ac præcipuæ venditionis natura. Et de hac ambitiosa ac mala fide inita venditione agit *l. si quos debitorum* 16. *C. h. t. l. duplex ratio* 2. *C. de fide & jure hastæ fiscalis.* Adde tamen *tit. de distract. pign. & hypoth. num.* 8. Quod si auctione quidem publica, sed sine interventu solemnium hastæ fiscalis, sine decreto judicis, ex libera domini voluntate, licet urgente æris alieni necessitate, res venditæ sint, magis est, ut etiamnum remedium *legis* 2. admittendum sit: quamvis enim plerumque res tanti valeat, quanti publice vendi potest, tamen & in auctione publica gravem subinde læsionem inferri, imo emtores licitantes in totum deficere, qui justa offerant rerum pretia, colligi potest ex iis, quæ occurrunt in *l. ult. Cod. de jure domin. impetrando, d. l.* 16. *C. h. t. l.* 2. *C. de fide & jure hastæ fiscalis.* Confer Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 37. & *seqq.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 4. *defin.* 12. Parladorium *rer. quotidian. lib.* 2. *cap. fin. part.* 5. §. 16. *num.* 10. 11. Rebuffum *ad constit. reg. tom.* 2. *tract. de resciss. contract. gloss.* 15. *num.* 37. 38. Sed &, si judicis decreto fa-

ctam proponas venditionem rerum ad minores pertinentium, remedium *legis secundæ* admitti æquum est; cum decreto tali læsionis occasio nequaquam tollatur, sed tantum definiatur, justam venditionis permittendæ causam subesse, *l. si quidem* 11. *Cod. de præd. & aliis reb. minor. sine decreto non alienand.*

17. Denegandum insuper hoc juris remedium illis, qui justum seu verum scientes rei pretium, tamen vel infra dimidium ejus rem suam vendiderunt, vel alienam compararunt oblato supra verum amplius quam dimidiato. Etenim neque de damno neque de injuria queri potest, cum sciens prudensque nemo fallatur, sed magis se ipsum decipiat, nec injuria volenti ac consentienti fiat, *l. nemo videtur* 145. *ff. de reg. juris*, *l.* 1. §. *usque adeo* 5. *ff. de injuriis*, *l. cum donationis* 34. *Cod. de transaction. l. ea quæ commendandi* 43. *ff. de contrab. emt.* neque damnum intelligatur esse, quod quis sua culpa sentit. *l. quod quis ex culpa* 203. *ff. de reg. juris.* Et certe, si de dolo non possit excipere in emtione, qui tempore eo, quo contrahebat, fraudis ignarus non erat, *l. venditor* 11. *C. b. t.* si ad pretium numerandum compelli possit, qui sciens emit domum exustam, & emtio stare debeat, *l. domum* 57. §. *simili* 2. *ff. de contrab. emt.* si ita demum ei, qui alienationem sui prædii, sine decreto ac pretio viliore tempore minorennitatis factam, ratam habuerat major factus, subveniatur, cum inconsulto errore lapsus id fecit, *l.* 1. *C. si major factus alienat. rat. bab.* si denique per errorem quidem dati repetitio, consulto autem dati donatio sit, *l. cujus per errorem* 53. *ff. de reg. jur. l. si non sortem* 26. §. *qui filiofam.* 8. *ff. de condict. indeb.* rationem non animadverto, cur audiendus esset de læsione excipiens, qui tempore contractus læsionem scivit; ac non potius ob istam scientiam credendus esset donationis causa minoris distraxisse; quod fieri posse ambiguum non est, *l. si quis donationis* 38. *ff. de contrab. emt.* Nec est, quod quis existimet, inutile tunc futurum *d. l.* 2. beneficium, quisque debet suarum scire rerum pretia, atque adeo hæc ignorans in culpa hæret, *l. quisquis* 15. *C. b. t.* Etenim primo quidem difficultas illa demum premit eo casu, quo venditor, non quo emtor, læsus est. Sed & secundo nec in venditorem satis stringit; nam etsi quædam venditoris culpa sit rerum propriarum vires ac pretia ignorare, ac propterea adversus læsionem dimidia minorem non succurratur, *d. l.* 15. *C. b. t.* tamen, si enormis læsio appareat, leges erranti ac de damno evitando certanti magis, quam lucrum enorme captanti favent, arg. *l. quod autem* 6. §. *simili modo* 11. *ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.* Confer Vinnium *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 56. & alios ab eo citatos, Covarruviam *lib.* 2. *varior. resol. cap.* 4. *num.* 2.

18. Scientibus pretium verum, & tamen ultra dimidium læsis, non admodum dissimiles videntur, qui, cum contractus tempore errarent in pretio, huic tamen *legis secundæ* remedio renunciaverunt; quibus proinde actiones suas remittentibus non est dandus ad eas regressus, arg. *l. quæritur* 14. §. *si venditor* 9. *ff. de ædilit. edicto*, cum expeditum sit, unumquemque his, quæ pro se introducta sunt; posse renunciare, *l. pen. C. de pactis*, si modo specialis renunciatio sit, arg. *l. sed & si* 4. §. *quæsitum* 4. *ff. si quis caut. in jud. sist. causa factis*, Gomezius *variar. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *num.* 25. 26. Fachineus *controvers. lib.* 2. *cap.* 20. *circa fin.* Zoesius *ad Pand. b. t. num.* 11. Perezius *C. b. t. num. præterea* 17. 18. Ut tamen & tunc specialis intelligi debeat renunciatio intervenisse, cum id inter contrahentes actum est, ut quicquid infra aut supra justum pretium apparuisset datum, pro donato haberetur: neque enim dubium est, viliori pretio donationis causa factam venditionem valere, *l. si quis donationis* 38. *ff. de contrab. emt.* in donatione autem huic legis secundæ remedio locum non esse, inter omnes constat; cum tota donatio, in se spectata, læsio atque *perditio* sit, arg. *l. in summa* 65. §. *id quoque* 2. *ff. de condict. indeb.* junct. *l. filiusfamilias* 7. *pr. ff. de donationibus*, usque adeo, ut ne in donationibus quidem sub modo admitti debeat, dum forte quis omnia sua donavit ea lege, ut modicum annum ei, donec vixerit, donatarius præstet. Vide Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 17. Et sane, ni ita statueris, adjectione illa, de donando eo quanto pluris minorisve res valet, impediri, *legis secundæ* dispositionem, futurum erit, ut nihil plane clausula talis operatura sit, cum & sine clausula ista pro donato ac perdito haberi debeat, quoties læsio dimidia minor est. Non faciente in contrarium eo quod a Fachineo *controv. lib.* 2. *cap.* 19. *in pr.* aliisque urgetur adjectionem illam *plurisve* non infinitam pecuniam continere, sed modicam, & ad minutulam summam referri, *l. hac adjectio* 192. *ff. de verb. signif.* considerandum enim, nullam illic de donationis proposito aperta professione, nec de venditione donationis causa minori pretio facta mentionem esse, sed ad alias adjectionum ac pactionum species legem istam pertinere. Adde Covarruviam *var. resol. lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 6.

19. Quod si post læsionem res vendita sine culpa emtoris extincta sit, emtori quidem ultra dimidium decepto hactenus succurrendum erit, ut id recuperet, quod supra justum pretium ab eo solutum est; cum natura æquum non sit, venditorem cum emtoris detrimento fieri locupletiorem, *l. nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indeb.* nec jure venditor excipere possit, non amplius sibi post rei interitum superesse electionis beneficium a *d. l.* 2. datum, utrum pretium ad æqualitatem reducere malit, an a venditione in universum resilire; eo quod gratulari potius sibi debet, non sibi, sed emtori, rem periisse, justumque penes se peremtæ rei pretium remanere. At si venditor læsus sit, magis est, ut post rei interitum *legis secundæ* beneficium haud admittatur; cum sufficere venditori debeat, quod quale rei pretium nactus sit, cui alioquin tanquam domino, non facta venditione, res tota periisset, arg. *l. si res æstimata* 12. §. 1. *ff. de jure dotium.* Nisi prior emtor pluris distraxerit; quippe quem cum venditoris damno lucrum captare ac locupletari durum foret, præsertim cum in pretio isto majore rem ipsam videatur habere, Fachineus *controv. lib.* 2. *cap.* 18. *in med.* Pinellus *ad l.* 2. *C. de rescin. vend. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 36. *& seqq.* Zoesius *ad Pand. b. t. num.* 30. dissentit emtoris læsi intuitu Mozzius de *contract. de emtione part. ult. num.* 16. Gomezius *variar. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 22. *post med.*

20. Illud expeditum videtur, emtorem læsum ad hoc devenire non posse juris remedium, si rem emtam rursus alteri vendiderit ac tradiderit; eo quod

jam sua voluntate, factoque proprio, negotium ad eum perduxit statum, ut venditori non ultra supersit eligendi facultas a lege data, an emtionem dissolvere malit, an pretii inæqualitatem emendare, Gomezius *d. tom.* 2. *var. resol. cap.* 2. *n.* 22. *post. med.*

TITULUS VI.

De Periculo & Commodo rei venditæ.

SUMMARIA.

1. *Quid sit* periculum *rei venditæ? Pertinet illud ad emtorem, licet res necdum tradita sit. Respondetur objectionibus.*
2. *Venditor regulariter præstat culpam levem. Quando præstet levissimam? Quando casum fortuitum? Quando tantum dolum & latam culpam? Quid juris, si prius emtor in mora recipiendi, dein venditor in mora tradendi fuerit, & viceversa?*
3. *Quid juris circa periculum, si res duæ alternative sint venditæ? Si vinum & res similes vel simpliciter vel ad gustum sint venditæ, quando ad emtorem incipiat pertinere periculum acoris, &c. per distinctiones explicatur, ubi & de doliorum significatione. Quid venditor agere debeat, si nullum degustationi tempus appositum sit? Quid juris, si per emtorem vel per venditorem steterit, quo minus vinum intra tempus adjectum degustatum sit?*
4. *Non semper pari passu ambulat periculum quantitatis in fungibilibus. An & quando periculum corporis rerum fungibilium ad emtorem pertineat? ubi de rebus fungibilibus per aversionem venditis, & qualem tunc custodiam venditor in iis præstet, & quo usque? Quid juris, si fungibiles res ad quantitatem venditæ sint? Quando tunc admensio facienda sit? An, si emtor in mora sit, venditori liceat vinum venditum effundere periculo emtoris? quid moribus?*
5. *Ad quem spectet periculum rerum sub conditione venditarum?*
6. *Moribus nostris adhuc servatur decisio juris Romani circa periculum rerum, etiam immobilium, quamvis requiratur in hisce solemnis traditio coram lege loci. Si apud nos ædes sunt venditæ media forte hieme, addito pacto, ut demum solemniter tradantur initio Maji, periculum usque ad tempus expressum pertinet ad venditorem; licet forte traditio solemnis maturius sit interposita.*
7. *Ad quem spectet periculum, si res subhastatæ perierint pendente subhastatione?*
8. *Emtorem gravant omnia onera realia venditæ rei inhærentia, etiam in præteritum debita; nec valet pactio in contrarium. Exceptio est, si fiscus vendat prædia debitorum fiscalium. Non transit in emtorem onus annuæ præstationis, quæ per venditorem ex fundo vendito promissa est alteri personæ vel fundo; nisi fundus solemniter eo onere affectus sit.*
9. *Commodum omne rei venditæ ad emtorem statim a perfecta venditione pertinet, quod exemplis alluvionis, actionum rei venditæ intuitu quæsitarum, fructuum, & similium, explicatur. Cui cedant pensiones, si res vendita elocata fuerit, per distinctiones traditur.*
10. *An arbores, quæ post inspectum prædium ante perfectam venditionem ignorante emtore sunt vento dejectæ, emtori præstandæ sint? Quid juris, si ex duabus rebus simul uno pretio emtis una perierit ante venditionem?*

1. QUamvis in jure frequenter eadem lucri & damni, periculi ac commodi ratio sit, seorsim tamen de utroque, quantum ad res venditas attinet, tractari expedit. Periculi nomine hic venit omne incommodum, quod rei venditæ supervenit, veluti, homini vel animali vendito mors, fuga, vulnus; agro chiasma; ædibus incendium, ruina; navi naufragium; vino mucor, acor, effusio, omnibus denique corruptio, depravatio, interitus, interversio. Spectat autem regulariter ad emptorem omne periculum, quam primum consensu venditio perfecta est, etiamsi res vendita necdum sit tradita, aut pretium numeratum; quippe quod & post interitum rei ab emtore numerandum foret, *l. quod sæpe* 35. §. *si res vendita* 4. *ff. de contrab. emt.* §. *quum autem* 3. *inst. de emtione vendit. l. id quod post* 7. *l. necessario* 8. *ff. h. t. l.* 1. *l. cum inter* 4. *l. ult. C. h. t.* Gomezius *var. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *num.* 32. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 28. *defin.* 20. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *t.* 41. *defin.* 8. *in pr.* Wissenbach *ad Pand. vol.* 1. *disput.* 35. *num.* 27. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 19. *n.* 56. Quamvis enim plerumque res suo pereat domino, *l. pignus* 9. *C. de pignorat. act.* & a venditore ante traditionem dominium rei non recedat, §. *quum autem* 3. *in fine inst. h. t.* arg. *l. ex emto* 11. §. & *in primis* 2. *ff. de act. emti;* non tamen eo minus periculum ante traditionem ad emtorem pertinet; tum quia eum etiam omne rei commodum sequitur, *d. l.* 7. *ff. h. t. d. l.* 1. *C. h. t.* arg. *secundum naturam* 10. *ff. de reg. juris,* tum quia statim a perfecta venditione venditor incipiat esse speciei debitor, quem rei interitu liberari placuit, *l. si ex legati* 23. *ff. de verb. oblig. l. pen. ff. de solution. l.* 1. §. *ult. in fine ff. h. t.* Nec hic adversatur *l. lectos* 12. *l.* 13. *l.* 14. *ff. h. t.* cum illic ante traditionem damnum ab ædili lectis in via publica positis illatum ad venditorem spectet, quia in culpa erat, quod non domi eos, donec traderentur, asservaverit, sed in publica via positos habuerit: tametsi enim culpa ædilis argui potuit, quod eos non jure consciderit, adeo ut & ex lege Aquilia ob id agi cum eo potuerit, non tamen propterea venditor culpa vacuus fuit, dum eos in via publica ponendo, injurioso ædilis facto causam præbuit, arg. *l. verum est* 39. *ff. de furtis.* Minus obest *l. quod si neque* 14. §. 1. *ff. h. t.* Non enim ibi de specie vendita, sed *materia* sermo est, certo scilicet trabium numero ex majore trabium quantitate distracto, ac per signationem eligendo. Sed nec contrarium dictis est responsum Africani in *l. si fundus* 33. *ver. nam & si vendideris ff. locati.* Etenim legis illius sententia exemplum invenire potest in fundo tacite per fideicommissum incapaci relicto, qui cum ob id fisco cedere deberet, & necdum per fiscum vindicatus esset, ab incapace, (qui forte possessionem ejus nactus fuerat) venditus traditusque fuit Titio in bona fide posito, ac fideicommissi taciti ignaro prorsus, iterumque per Titium distractus Sempronio, mox fisco vindicatus, atque ita publicatus, tradi non potuit: cum ergo sine Titii culpa traditio impedita esset, & ta-

men res ipsa in se vitium illud haberet, quod publicationi esset obnoxia, merito scriptum ab Africano, venditorem ex emto teneri hactenus, ut pretium restituat, non etiam ut amplius præstet id quod interest; sicut id in redhibitoria ex ædilitio edicto ob vitium latens fieri consuevit, *l. 1. C. de ædilit. action.* juuct. *l. Julianus* 13. *ff. de act. emti.* Sed & secundo non perperam *legem illam* 33. acceperis de fundo tali, qui ab hostibus a populo Romano captus, ad tempus pristino fuerat relictus possessori, sed postmodum publica urgente necessitate vel utilitate publicatus; uti id fieri potuisse, colligi potest ex *l. Lucius Titius* 11. *ff. de eviction. l. item si verberatum* 15. §. *item* 2. *ff. de rei vindic. l. in agris* 16. *ff. de acquir. rer. domin.* cum ergo venditor ad tradendum hujusmodi fundum a se venditum obstrictus, hanc impedire non posset in publicum redactionem, iniquum erat, eum ad id quod interest emtori condemnari; sed quia sic quoque res ipsa vendito in se quandam vitii habebat speciem, quod nempe ad nutum Principis publicari posset, nec venditor emtorem hujus rei monuerat, ad pretii restitutionem simpliciter tenetur: exemplo eorum, qui ob vitium latens ex ædilitio edicto ad pretium reddendum devincti sunt, ut ante dictum. Nec explicationi huic obstat, quod in *d. l. Lucius Titius* 11. *ff. de evictíon.* emtor dicitur post publicationem ad pretium solvendum adhuc obligatus esse. Vendita enim ibi proponatur prædia talia, quæ *in Germania trans Rhenum* sita erant, adeoque tali in loco, ut emtor etiam non monitus scire facile potuerit, hujusmodi prædia publicationi obnoxia esse, ac proinde deceptus videri nequeat, quasi istam ignorasset emtæ rei conditionem. Ultra Rhenum certe instabilem fuisse Romanorum dominationem, ex Historiis manifestum est; unde & missis a Cæsare nunciis ad Germanos, petituris ut dederentur, qui Galliæ bellum intulissent, responsum per eosdem, *populi Romani imperium Rhenum finire; si se invito Germanos in Galliam transire non æquum existimaret, cur sui quicquam esse imperii aut potestatis trans Rhenum postularet?* teste Julio Cæsare *de Bello Gallico lib.* 5. *pag. mihi* 136.

2. Licet autem emtoris periculo res sit, venditor tamen ante traditionem in ea asservanda dolum latam ac levem culpam præstat, convenienter regulæ culpam levem exigenti in negotiis ac contractibus, in quibus utriusque utilitas vertitur, *l. si, ut certo* 5. §. *nunc videndum* 2. *ff. commodati, l. contractus quidam* 23. *ff. de reg. juris, l. quod sæpe* 35. §. *si res* 4. *ff. de contrah. emt. l. si vendita* 11. *ff. h. t.* De damno levissima culpa dato obstrictus non est; nisi custodiam adeoque diligentiam in asservando exactissimam in se receperit. §. *quum autem* 3. *inst. de emt. vend.* multoque minus de casu fortuito, aut tertii facto, *l. pen. C. h. t. d. l.* 11. *ff. h. t.* atg. *l. sed de damno* 41. *ff. locati, l. ad eas* 19. *ff. commodati.* Unde, si res, cujus custodiam venditor in se receperat, vi vel furto ablata vel corrupta a tertio sit, non ultra venditor tenetur, quam ut actiones furti & similes emtori cedat, periculo & arbitrio emtoris exercendas, *l. si ea res* 31. *ff. de action. emti, d.* §. 3. *in fine instit. de emt. vendit.* Plane, si & casu fortuito in se venditor receperit, non dubium, quin & eum præstare debeat, sive certam casus fortuiti speciem expresserit, sive per pactum se causi cuicunque reddiderit obnoxium, *l. 1. ff. h. t.* dummodo meminerimus, tunc non id, quod vulgo sit, sed magis insolitos & præter consuetudinem evenientes fortuitos casus videri susceptos, *l. fistulas* 78. §. *ult. ff. de contrah. emt.* Brunnemannus ad *d. l.* 78. §. *ult.* Sed &, si in mora tradendi fuerit venditor, casus postea supervenientis periculum ad eum spectat, *l. cum inter* 4. *C. h. t.* quoties res non eodem modo fuisset apud emtorem peritura, ut plenius probatum *t. de rei vindicat. n.* 34. Quemadmodum e contrario de sola culpa lata doloque venditor conveniri potest, si in recipienda re vendita per emtorem ipsum mora facta sit, *l. illud* 17. *ff. h. t.* Quod si & emtor & venditor moram adhibuerit, posterior mora purgabit priorem, nocebitque vel emtori vel venditori, qui posteriorem moram fecit, *d. l. 1. ff. h. t.* rejecta, Labeonis sententia, qui posita utriusque mora, sine temporis distinctione moram emtori nocere credidit; cujusque opinio proponitur quidem in *l. si & per* 51. *ff. de act. emt.* Sed, tum ibi nec probata esset, a Pomponio tamen postea notata penitus ac rejecta fuit in *d. l.* 17. *ff. h. tit.*

3. Fallit quoque regula superius tradita, secundum quam periculum statim a consensu interposito in emtorem transferunt, si res duæ alternatim sint venditæ, puta *Stichus aut Pamphilus*; quatenus ante traditionem uno mortuo, qui superest, dandus est, unde fit, ut prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emtorem respiciat; & utroque pariter pereunte, unus tantum periculo emtoris sit; sive emtori sive venditori ex alternative venditis eligendi potestas data fuerit, *l. si in emtione* 34. §. *si emtio* 6. *ff. de contrah. emt.* Sed & in rebus fungibilibus, veluti vino, oleo, tum ad gustum, tum ad mensuram divenditis, exceptio est; quod ut evidentius appareat, paulo altius res repetenda. Gustum quod attinet, videndum, an vinum (idem de rebus aliis degustari solitis judicium esto) simpliciter ac sine ulla degustandi conditione, adeoque *per aversionem* ratione gustus emtum sit, an vero ad gustum. Si sine gustandi conditione (quod raro fit) statim a consensu utrimque interposito, etiam ante ullam admensurationem, periculum acoris & mucoris ad emtorem pertinet, quia, sive non degustavit, sive degustando male probavit, de se queri emtor debet: adeoque liberabitur venditor, admetiendo postea vinum, quod acuit, aut alio quocunque modo, salvo vini corpore, sine venditoris culpa vitiatum corruptumve fuit; nisi venditor, cum intelligeret, non duraturam bonitatem vini usque in eum diem, quo tolli deberet, ejus rei non monuerit emtorem, *l. si quis vina* 4. §. *si aversione* 1. *l. si vina* 15. *ff. h. t. l. sicut* 12. *pr. C. de act. emt.* vel periculum acoris mucorisque, aut alterius vitii supervenientes, ad certum tempus in universum in se susceperit, *l. 1. ff. h. t.* arg. *l. fistula* 78. §. *ult. ff. de contrah. emt.* vel vinum ita venditum ex eo vitium contraxerit, quod venditor de bonitate ejus duratura quid affirmaverit, ac vinum non casu externo, sed sua natura, corruptum fuerit, *d. l.* 15. *ff. h. t.* vel denique venditor vinum eo modo distractum non bene custodiverit usque ad tempus, ad quod ex pacto vel lege custodire obstrictus, *l. si quis vina* 4. §. *ult. ff. h. t.* Si vero ad gustum, periculum acoris & mucoris ad venditorem pertinet, donec emtor degustaverit, ac gustando probaverit, deinde ad emtorem transit; nisi & hic venditor emtorem mone-

re neglexerit, sciens bonitatem vini usque ad tempus tollendo vino præfinitum haud duraturum, *d. l.* 4. §. 1. *d. l.* 15. *ff. h. t.* junct. *l. si in emtione* 34. §. *alia causa* 5. *ff. de contrah. emt.* Neque interest, utrum emtor dolia signaverit, nec ne; non enim signatio ante degustationem, cum ex pacto fieri deberet, acoris periculum in emtorem transfert; quippe quæ magis, ne submutatio fiat, creditur intervenisse, *l.* 1. §. *si dolium ff. h. t.* Liberum autem emtori est quandocunque degustare, si nullus degustationi faciendæ dies adjectus sit, *d. l.* 4. §. 1. *ff. h. t.* Ut tamen, ne in infinitum degustandi licentia extendatur; post temporis modici lapsum venditor denunciare emtori possit, ut degustando vinum venditum probet aut improbet, ideo ut, eo moras diuturniores nectente, venditor ab obligatione deinceps liber fiat, & impune vinum idem alteri vandat; ne alioquin ex protelata nimis diu degustatione vinum corrumpatur, atque ita venditor ex mora emtoris damno hæreat, arg. *l.* 1. §. *ult. l.* 4. §. *ult. ff. h. t.* Quod si degustationi faciendæ dies appositus sit, nec tamen intra illud tempus degustandum fuerit, si quidem steterit per venditorem, etiam post diem gustui præfinitum periculum acoris & mucoris ad venditorem spectat, ne ex mora propria a periculo rei liber fiat; atque insuper post diei lapsum obligatus manet, ut patiatur emtorem degustare, ac gustando probare; cum absurdum futurum esset, aliquem per moram suam invito adversario ab obligatione liberari, *d. l.* 4. *pr. ff. h. t.* Si vero per emtorem venditor ab obligatione liber est, nec, postquam dies degustandi præteriit, ultra tenetur emtori præstare degustandi probandique facultatem, quasi per emtoris factum deficiente venditionis conditione. Non enim assentiendum videtur Struvio *ad Pand. h. t. n.* 101. existimanti, post diem gustationi dictum periculum ad emtorem in mora degustandi hærentem transire. Qua enim obsecro ratione, quove jure, periculum videri posset post lapsum diei in emtorem translatum, ubi nulla venditio perfecta apparet? perfecta vero haudquaquam dici potest, quæ usque adeo ex degustandi conditione suspensa est, ut ne gustu quidem interposito perfecta intelligatur, nisi insuper probatio accesserit; cum utique gustus ad id proficiat, ut adhuc improbare liceat post degustationem, atque ita ab emtione cœpta in totum resilire. *l. si in emtione* 34. §. *alia causa* 5. *ff. de contrab. emtione.*

4. Admensionis appensionisve intuitu sciendum est, non semper pari passu ambulare, aut eodem tempore transferri in emtorem periculum ipsius corporis, seu quantitatis, quo qualitatis, veluti acoris, mucoris, periculum transit; cum qualitatis mutatæ damnum protinus a degustatione & subsecuta probatione ad emtorem pertineat; corporis periculum sæpe non nisi post admensionem. De cetero vinum aliasque res fungibiles vel *aversione* vel *ad quantitatem* vendi expeditum est. Si aversione plena vinum sit venditum, dum uno pretio omne vinum vel vas integrum sine mensuræ respectu distractum proponitur, periculum ejus ad exemplum rerum ceterarum non fungibilium mox a consensu interposito super merce pretioque emtorem respicit, licet traditio necdum secuta sit, *l. quod sæpe* 35. §. *in his, quæ* 5. *ff. de contrab. emt. l.* 2. §. 1. *in fine ff. h. t. l. cum convenit* 2. *C. h. t.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 26. *defin.* 23. *in fine.* Eoque casu verum est, acoris & effusionis, quantitatis & qualitatis periculum pariter & eodem tempore in emtorem transire: ac de vino ita per aversionem distracto accipienda *l.* 1. *pr. ff. h. t. l. sicut* 12. *pr. C. de action. emti.* Nec aliud dicendum, si quis omne vinum in dolio reconditum seu doleare, vendat, atque ita totum corpus vini dolio contenti, pretio sic constituto, ut pro portione mensuræ, per admensionem manifestandæ, solvatur pecunia; sic ut admensio non conditionem faciat, ex qua vis obligationis suspensa hæreret, sed tantum modum demonstrationemque quandam quantitatis *vini pure pleneque* distrahi; quemadmodum alii plures modi, extra relationem ad quantitatis designationem, emtioni additi, impleri quidem debet, quo usque possunt; neque tamen ideo conditionalen aut necdum perfectam faciunt venditionem. Secus, si pars quædam vini dolearis solummodo esset vendita, quia tunc ante admensionem sciri nequit, quæ pars vendita intelligatur, *quod sæpe* 35. §. *pen. ff. de contrab. emt.* Custodiam tamen vini sic per aversionem venditi præstare tenetur venditor, eamque jure singulari exactissimam, qualis in commodato præstari solet; adeo ut tantum vis magna & fatale damnum excusatum sit, nec sufficiat diligentia talis, qualem in suis adhibere solet, uti id manifestum est ex *l. hoc ita verum* 2. §. 1. *l.* 3. *ff. h. t.* in quibus textibus agi de vino non ad mensuram seu quantitatem, sed per aversionem vendito, colligi ex eo potest, quod *d. l.* 2. & 3. cohærent *legi primæ*, in cujus fine *de vino doleari* vendito agitur, at *doleare vinum* est, cum non ad mensuram, sed dolia vino repleta distracta sunt, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* Nec obstat, quod in *d. l.* 2. §. 1. *ff. h. t.* mentio fiat vini *admetiendi*, unde videri posset, agi illic de vino considerato tanquam re fungibili, & ita ad quantitatem vendito, cujus venditio ante admensionem imperfecta foret. Potest enim, ut jam ante adnotatum, vendi doleare vinum tanquam certum corpus, ut statim venditio perfecta sit, & tamen addi lex admetiendi, ut pretium totius dolii vini pro invento minore majoreve vini venditi modo solvatur, dum incertum utrique vel alterutri, quæ vini quantitas dolio contenta sit, nec alter alterum incertæ mensuræ specie circumvenire vult, aut pati se circumveniri, quo casu res tales fungibiles, jam consideratæ ut corpora, etiam ante admensionem periculo emtoris sunt: quemadmodum ager consideratur ut corpus, ratione periculi, statim ab interposito consensu transeuntis ad emtorem, licet pretium pro numero jugerum constitutum sit, & pro majore minoreve agri modo, per admensionem definiendo, majus minusve pretium solvendum sit, juxta ea quæ traduntur in *l. qui fundum* 40. §. *qui agrum* 2. *ff. de contrab. emt. l. si servum* 4. §. 1. *ff. de act. emti.* si modo admensio non per modum conditionis, ut venditionem faceret conditionalem, sed quantitatis tantum demonstrandæ, declarandæ, manifestandæ gratia adjecta sit, quod fieri posse post alios tradit Brunnemanus ad *l. ult. ff. h. t. num.* 9. 10. 11. Eoque nititur fundamento, quod in libro septimo digestorum Juliani Scævola notasse dicitur, *fundi nomine emtorem agere non posse, cum prius, quam mensura fieret, inundatione aquarum aut chasmate, aliove quo casu, pars fundi interierit, l. si in venditione* 10. §. 1. *ff. h. t.* non eo sensu, quasi venditio illa conditionalis esset, nec an-

te fundi mensurationem venditio esset, ut Gothofredus cum antiquioribus interpretibus censet *in notis ad d. l.* 10. §. 1. sed potius, quod emtor ea parte, quæ superest, debeat contentus esse, nec agere possit nomine fundi, quasi necdum traditi, dum pars, quæ periit, neque admensurari potuit; quia in tali casu admensio non tanquam conditio adimpleri debebat, sed tantum quantitatis demonstrandæ causa debebat intervenire, adeoque periculum tanquam ex pura venditione etiam ante mensurationem pertinebat ad emtorem. Quod ex connexione principii legis cum paragrapho primo evidens est: nam cum in principio definitum esset, periculum in venditione conditionali ad venditorem pertinere, si non hoc ipsum convenisset, *ut res periculo emtoris servaretur*; mox *in* §. 1. proponit Ulpianus, tanquam singulari nota seu animadversione dignum, emtorem tamen fundi nomine agere non posse, cum prius, quam mensura fieret, inundatione aquarum aut chasmate, pars fundi interierit; significans scilicet, casum illum non pertinere ad venditionem conditionalem, ex qua periculum ad venditorem spectat secundum principium *d. legis*. Hujus autem custodiæ exactissimæ in vino per aversionem vendito præstandæ finis est avehendi tempus, si id definitum sit, aut alias vindemiæ instantis, si sit venditor, cui sine nova vindemia spumante dolia necessaria non sunt; nam si mercator esset, aut alias dolia locaturus fuisset, sic ut ejus intersit, inania esse ea, quibus vinum aversione distractum asservatur, is dies spectandus foret, tanquam custodiæ finem faciens, quo ex commodo venditoris, denunciatione facta, tolli vina possint, *l. si quis vina* 4. §. *ult.* junct. *l.* 2. *pr. ff. h. t.* post quæ tempora si emtor in mora tollendi sit, solus dolus a venditore circa vinum æque ac circa alia corpora vendita præstandus foret, *l. si per* 5. *l. illud* 17. *ff. h. t.* Quibus non contradicit Modestinus, cum in *l. qui officii* 62. §. *ult. ff. de contrah. emt.* scribit, *rem in aversione emtam, si non dolo venditoris factum sit, ad periculum emtoris pertinere, etiamsi res assignata non sit*; unde videri posset, nil præter dolum oportere per venditorem statim ab initio in venditis aversione rebus præstari. Non enim alia legis istius sententia est, quam rerum fungibilium per aversionem venditarum periculum etiam ante traditionem ad emtorem pertinere, si modo dolus venditoris causam non dederit huic venditioni per aversionem factæ, *seu dolo venditoris factum non sit*, ut emtio intercesserit: nam si venditoris dolo emtor ad rem aversione emendam inductus, atque ita dolo in id, ut emeret, circumscriptus fuerit, emtionem ipso jure nullam esse, apparet ex *l. & eleganter* 7. *ff. de dolo*, ac dictum plenius ad *tit. de dolo n.* 3. Ex emtione vero, quæ nulla erat, neque dominium neque periculum transire poterat, ut proinde Modestinus jure optimo monuerit, ita demum periculum rerum aversione venditarum ad emtorem pertinere, *si dolo venditoris factum non sit*, ut scilicet emtio aversione iniretur. Quod si ex adverso non plena aversione, sed ad quantitatem seu mensuram vinum emtum sit, corporis ipsius periculum ad admensurationem usque, non emtoris, sed venditoris est: priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum venit, & venditio ex conditione admetiendi suspensa est; post mensuram factam venditoris desinit periculum esse, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t. l. quod sæpe* 35. §. *in his* 5. *in fine ff. de contrah. emt.* Facienda autem admensuratio intra tempus definitum; alias ante proximam vindemiam; vel, si venditor mercator sit aut dolia solitus elocare, tempore eo, quod venditori ad admensionem commodum est, secundum ea quæ antea de vino per aversionem vendito mature tollendo dicta sunt, *l.* 1. §. 3. & 4. *l.* 2. *l.* 4. §. *ult. l.* 5. *ff. h. t.* Emtore moram faciente in vino per admensionem recipiendo, data est venditori per leges effundendi licentia, periculo emtoris; quod tamen simul ei a lege dissuadetur, ac laudandus dicitur, si cum posset effundere, non effuderit, etiam mercedem doliorum tunc exacturus, ubi ejus interfuit, inania illa esse, *d. l.* 1. §. 3. 4. *ff. h. t.* Scilicet, non omne, quod licet, continuo etiam honestum aut probandum est, *l. non omne* 144. *ff. de reg. juris.* Unde &, quia forte in effundendo facile quid negligi aut prætermitti posset, quod ex lege observandum erat, atque adeo rigidius exactum efficere, ut venditoris ipsius periculo effusio fieret, merito monitum a Pomponio, *periculosæ heredem facturum, si vinum effundat* a testatore legatum, cum legatarius esset in mora tollendi, *l. si heres* 8. *ff. de tritico, vino vel oleo leg.* Moribus quoque hodiernis istiusmodi effusionem vini venditi non tutam satis esse, magisque venditoris effundentis quam emtoris damno cessuram post alios censet Groenewegen ad *l.* 1. *ff. h. t.*

5. In venditione conditionali non per omnia circa periculum ita jus est, atque quidem in ea quæ pure fit. Si enim defecerit conditio apposita, ipsam quoque venditionem deficere, atque ita ad venditorem omne rei periculum omni tempore pertinuisse, necesse est. Si vero extiterit, omne quidem damnum rei partiale, seu omnis deterioratio medio tempore eveniens, emtorem respicit; at rei totius interitus pendente conditione contingens venditori nocet, perinde ac si nulla venditio intercessisset, quasi deficiente jam re, sine qua tamen venditio nulla intelligi potest, *l. necessario* 8. *ff. h. t. l. pen. C. h. t. l. plerumque* 10. §. *inde quæri* 5. *ff. de jure dot.* junct. *l. nec emt.* nisi aliud circa periculum pacto speciali inter contrahentes placuisse constet, *l. si in venditione* 10. *ff. h. t.* Ant. Gomezius *var. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 32. *in fine*, Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 41. *defin.* 8. *n.* 2 *in notis*, Carpzovius *defin. forens. par.* 2. *constit.* 26. *defin.* 21. 22. Ceterum in *d. l.* 8. *ff. h. t. fere in fine principii* supplendum videtur ex Haloandri editione, quæ sensu coincidit cum vulgata, quod deest, Florentinæ, & omissum sententiam legis imperfectam facit, ac proinde legendum, *quod si pendente conditione res tradita sit, emtor non poterit eam usucapere pro emtore, & quod pretii solutum est, repetetur, & fructus medii temporis venditoris sunt*, si pendente conditione res fuerit extincta: perimitur enim emtio, *sicut stipulationes & legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res extincta fuerit*; prout id monitum Meyero *in Collegio Argentoral. ad Pand. h. t. n.* 3. *in med.*

6. Ab hisce autem Romani juris definitionibus circa rei venditæ periculum moribus nostris recessum non esse, sive in mobilibus, sive immobilibus, non sine ratione contenditur a Groenewegio ad §. *quum autem* 3. *inst. de emt. vendit.* Licet enim ex constitutione Caroli V. non aliter immobilium venditio videatur efficax, quam si solennis eorum traditio coram lege loci facta sit; non tamen periculi intuitu qui-

quam innovatum est. Nam & jure civili nullum in emtorem transibat dominium, nisi per traditionem, quæ ad perfectam sequebatur venditionem, *l. ex emto* 11. §. *& in primis* 2. *ff. de act. emti*, §. *venditæ* 41. *& seqq. inst. de rer. divis.* nec tamen ideo minus in emtorem mox a consensu interposito translatum censebatur periculum rei. Cum ergo moribus tantum in tradendo, adeoque dominii rerum immobilium transferendi modo, mutatio contigerit, neque a dominii translatione dependeat periculi translatio, nulla quoque ratio est, cur ex mutata sola traditionis forma deduceretur mutatio circa periculi translationem: præsertim si consideres, solemnem illam coram lege loci faciendam traditionem non tam propter ipsos contrahentes, emtorem puta ac venditorem, quam potius in utilitatem ac securitatem creditorum venditoris fuisse excogitatam, nec illi clandestinis alienationibus & obligationibus per debitores factis, adeoque fraudibus domesticis pro negotii opportunitate sæpe confictis circumscripti, in damno hærerent; de cetero emtoris & venditoris intuitu nihil intercedere, quo minus & nunc ante solemnem illam traditionem se venditor jure suo exuat, sive constituti possessorii jure, sive alia ratione, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 70. *in fine*. Groenewegen ad §. 3. & *ad Grotii manud. ad Jurisprud. Holl. libr.* 2. *cap.* 5. *num.* 18. Ant. Matthæus *Paremia* 5. *num.* 15. Adr. Wessel *de remissione mercedis cap.* 8. *num.* 10. 11. Plane si venditio rei immobilis, præcipue ædium, media forte hieme ex multarum civitatum Belgii usu ea lege facta sit, ut demum initio insequentis mensis Maii traditio solemnis fiat, magis est, ut periculum medii temporis, quod est inter venditionem, ac traditionem, ad venditorem spectet; quia per pactum a venditore adjectum, adeoque per venditorem ipsum, stare videtur, quo minus res vendita in continenti tradatur, quippe qui diem traditionis prorogasse intelligitur, ut usque ad diem dictum fructus aut pensiones sibi haberet, *l. Julianus* 13. §. *si quid servo* 18. *ff. de act. emti*. Uti ergo emolumenta interim ei obveniunt, ita & damna ad eum pertinere æquum est, arg. *l. secundum* 10. *ff. de reg. juris*. Et quamvis propter intervenientem moram venditoris ita demum fortuiti casus periculum ad moratorem spectet, si non eodem modo, non tali casu, res apud emtorem fuisset peritura, arg. *l. de eo exhibendo* 12. §. *si post judicium* 4 *ff. ad exhibendum*, tamen, quia distinctio illa magis in mobilibus per traditionem de loco in locum transferendis, quam immobilibus situm non mutantibus, usum invenit, simplicius in ædibus venditis receptum est; nullum emtoris periculum esse, sed solius venditoris, usque ad diem illum, qui solemni traditioni pacto aperto dictus fuit; usque adeo, ut, si forte propter imminentem venditoris peregrinationem, aliove sub obtentu, solemnis ædium traditio coram lege loci ante diem traditioni faciendæ præfinitum secuta sit, tamen venditoris periculo res maneat ad ipsum usque pacto præscriptum tradendi diem, nisi aliud novo pacto inter contrahentes nominatim de periculo commodoque actum sit, Groenewegen *ad Grotium manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 82. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 20.

7. Quod si res subhastatæ perierint pendente subhastatione, periculum non ejus est, qui licitationem quandam fecit, sed magis domini illius, a quo res per addictionem abitura est. Cum enim venditio, quæ hasta fit, non ante videri possit perfecta, quam si tabulæ addictionis signatæ fuerint, dum ex eo demum tempore desiit emtor licitando vinci posse, & fructus rei suos facit, consequens est, non nisi ex eo tempore periculum ad emtorem transire, ut argumentatur Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 20.

8. Præter periculum rei venditæ etiam onera realia venditæ rei inhærentia in emtorem transeunt, veluti tributorum, census, canonis, salarii, & similium; idque non tantum ratione futuri temporis, sed & in præteritum, adeoque etiam illa onera, quorum dies ante venditionem jam cesserat ac venerat; cum prædia pro his omnibus videantur hipotheca legali aut tacita devincta esse; usque adeo, ut ne pactio quidem sustineatur, ne emtor tributa præstet, *l.* 1. *& tot. t. C. sine censu & reliquis fundum comparari non posse*, *l. cum possessor* 5. §. *ult. ff. de censibus*, *l. Imperatores* 7. *ff. de publicanis*, nisi fiscus solemniter prædia distraxerit debitorum fiscalium, quippe quo casu emtores a reliquis præteriti temporis immunes esse, ex posteriorum Imperatorum constitutionibus obtinuit, *l. pen. C. de fide & jure hastæ fiscalis*, per quam derogatum fuit responso Papiniani, secundum quod, prædiis a fisco distractis, præteriti temporis tributum emtorem spectabat, *l. prædiis a fisco* 36. *ff. de fisc.*, Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 9. 10. Non tamen in emtorem transit onus annuæ præstationis, si forte venditor ante venditionem promiserit, se quotannis certam frumenti aut fructuum aliorum quantitatem ex fundo suo personæ alteri vel fundo præstiturum; nisi solemniter in id fundum obligasset, vel alio modo legitimo prædium affectum reddidisset pro hujusmodi præstatione, *l. ult.* §. *Lucius Titius* 1. *ff. de contrah. emtione*, Groenewegen *de ll. abrog. ad d. l. ult.*

9. Quia vero æquum natura est, commoda cujusque rei eum sequi, quem incommoda sequuntur, *l. secundum* 10. *ff. d. reg. juris*, hinc & omne rei venditæ commodum post venditionem perfectam, etiam ante traditionem obveniens, ad emtorem pertinet, *l.* 1. *C. h. t.* §. *quum autem* 3. *inst. de emt. vendit.* sive pretia rerum venditarum creverint, *l. sicut* 12. *C. de act. emti*, sive alluvione auctus sit fundus divenditus, *d.* §. 3. *inst. de emt. vend. l. id quod* 7. *ff. h. t.* sive servo distracto quid donatum, legatum, aut heredis titulo relictum, vel ex operis ejus quæsitum fuerit, *l. Julianus* 13. §. *item si quid* 13. *&* §. *si quid servo* 18. *ff. de act. emti.* sive rerum venditarum intuitu actiones quasdam venditor adeptus sit, veluti furti, legis Aquiliæ, & similes; quippe ad quas emtori cedendas obstrictus est, uti & ad præstandum id, quod ex hujusmodi actionibus post venditionem perfectam quæsitis, consecutus est, *l. Julianus* 13. §. *sed & si quid* 12. *ff. de act. emti*, *d.* §. 3. *in fine inst. de emt. vendit. l. eum, qui emit.* 14. *l. si vendidero* 80. *ff. de furtis*, *l. eumque* 13. *ff. h. t.* sive denique fructus ex re vendita provenerint, cum & fœtura, quæ tempore venditionis jam concepta erat, & jam nati, jam maturi, sed adhuc venditionis perfectæ momento pendente fructus velut partes rei, emtorem sequi debeant, *l. fructus* 13. *l. pen. C. de act. emti*, *l. Julianus* 13. §. *si fructibus* 10. *ff. de act. emti*, junct. *l. fructus pendentes* 44. *ff. de rei vindicat.* Et quod attinet fructus civiles, seu pensiones rerum

venditarum, debitas ex locatione per venditorem facta; si quidem debeantur ex re singulis momentis usum præbente, veluti ex ædibus, jumentis, pro rata temporis inter emtorem ac venditorem dividendæ videntur, ut emtori cedant, quatenus debitæ ex tempore venditionis perfectæ. Sin ex re quotannis tantum, aut statis anni temporibus, fructum ferente, veluti ex pomariis, arvis, videndum, utrum venditio perfecta fuerit ante messem, dum fructus adhuc pendebant, an vero postquam jam essent a solo separati. Priore namque in casu anni totius pensiones emtori, in posteriore easdem venditori cedere, rationis est. Sic enim fit omnibus hisce in casibus, ut pensio, quæ fructuum nomine debetur, tanquam surrogatum fructuum per omnia sequatur ipsorum fructuum naturam, & ita tum emtori tum venditori acquiratur, ut ipsi fructus naturales aut usus cuique fuissent quæsiti, si res nulli locata esset. Constat sane, de jure Romano emtorem non teneri stare locationi per venditorem factæ, sed posse conductorem ante tempus expellere, ut ipse suo arbitratu re emta fruatur, *l. emtorem* 9. *C. locati*, atque ita potuisse reliquo tempore ædes inhabitare, fructus in fundo pendentes colligere, jumentorum operis ipse uti. Hæc ergo si conductori permittat, quid ni pensiones ipse capiat, usum fructumve compensaturas? Neque hisce contrarium est, quod Ulpianus habet, *si in locatis ager fuit, pensiones utique ei cedere, qui elocaverat; idem & in prædiis urbanis; nisi si quid nominatim convenisse proponatur*; idem probans in prædiis rusticis ac urbanis; ac sine temporis distinctione pensiones omnes locatori, adeoque venditori tribuens, *l. Julianus* 13. §. *si in locatis* 11. *ff. de act. emti.* Etenim primo quidem dici potest, non illic definiri, ad quem effectu inspecto pensionum utilitas pervenire debeat, sed cui pensionis exigendæ jus sit; jus autem persequendæ pensionis soli competere locatori, qui contraxerat cum conductore, non item emtori qui non locaverat, certum est; eo modo, quo & furti & legis Aquiliæ actio & plures aliæ venditori ante traditionem quæruntur; sed id non impedit, quo minus venditor vel locati actionem pro ea pensione, quæ ad emtorem pervenire debet emtori cedat, uti & reliquas mandat actiones; vel exactam actione locati pensionem emtori præstet, sicut alia præstare cogitur, quæ aliis actionibus exacta sunt, ut ante dictum. Sed & secundo Ulpiani verba in *d. l.* 13. §. 11. accipi possunt de pensionibus non futuri, sed præteriti temporis, quod emtionem antecedit, quæ locatori venditori cedunt, nisi aliud actum sit: uti aliud actum proponitur in *d. l.* 13. §. *in his autem* 16. *ff. de act. emt.*, dum placuit, *ut venditor præteritam mercedem exigat & emtori præstet.* Confer Covarruviam *var. resolut. lib.* 1. *cap.* 15. *n.* 3. Zoesium *ad Pand. t. de act. emti n.* 17. 18. Struvium *ad Pand. h. t. num.* 103.

10. Non tamen emtori cedunt arbores, quæ post inspectum prædium ante venditionem perfectam vi tempestatis evulsa sunt; quippe quæ desierant fundi esse, atque ita nec emtæ erant; nisi id venditor sciens emtorem ignorantem non monuisset, *l. si post* 9. *ff. h. t.* Quod si duas quis res, veluti duos servos, uno emerit pretio, quorum alter ante venditionem extinctus erat, tantum abest, ut emtoris id periculum esset, ut potius ne in vivo quidem emtio consistat, *l. si duos quis* 44. *ff. de contrah. emt.*

TITULUS VII.

De Servis exportandis, vel si mancipium ita venierit, ut manumittatur, vel contra.

SUMMARIA.

1. *De pacto*, ut servus exportetur; *a quibus locis abstinere debeat, qui ab Italia, a certa provincia, vel a certa urbe exportandus est? An, & quando venditor agere possit vel non, si pacto non sit paritum? ubi & de pœna adjecta, & manus injectione in non exportatum. De pacto*, ne exportetur.
2. *De pacto*, ut mancipium manumittatur. *Tunc ipso jure libertas competit, licet venditor in casum manumissionis non secuta pœnam pactus sit. An venditori liceat post tempus manumissioni appositum revocare conditionem manumissionis? ante temporis lapsum quo usque possit; & an tunc emtor adhuc jure manumittat contra mutatam venditoris voluntatem?*
3. *De pacto*, ne manumittatur, *tunc nulla est manumissio, licet pœna sit apposita in casum factæ manumissionis.*
4. *Valet*, ne ancilla prostituatur. *Quando videatur prostituta? Recensentur pacta in servorum venditionibus reprobata.*

1. Quamvis nullus apud nos servorum usus sit, quia tamen pacta servorum venditionibus apud Romanos adiecta, transferri quandoque ad rerum aliarum venditiones possunt, paucis ea tractari expediet. Primum est, ut *servus exportetur*, cujus vim vide apud Cujacium *paratit. C. si servus exportandus veneat*. Exportandus ex Italia, commorari in provincia non prohibetur, *l.* 2. *ff. h. t.* Removendus tamen urbis pomeriis nec ipsa urbe recte moratur, *l. cui, pacto* 5. *ff. h. t.* arg. *l. qui indignus* 4. *ff. de senatorib. l. relegatorum* 7. §. *ult. ff. de interdict. & relegat.* exportandus ex certa urbe, nec Romæ agere potest, nec in Italia retineri is, qui a certa provincia removendus est, *l. ult. C. h. t. si serv. export. veneat.* Adjicitur hoc pactum in gratiam venditoris, ut a servo, a quo sibi forte metuit, cujusque conspectum ferre nequit, securus sit, aut ut vindictam in eum exerceat, veut pœnam evitet, quam promiserat, cum eadem lege emisset; ac proinde in ea conditione venditor est, ut remittere hanc legem possit, *l.* 1. *l. si vend.* 6. §. 1. *ff. h. t.* Qua non remissa, & per emtorem violata, venditori actio ad id quod interest competit, secundum posteriorem Papiniani sententiam, quæ est in *l.* 6. §. 1. *ff. h. t.* reprobata priore, quæ in *l.* 7. continetur, sive primus emtor, sive is in quem ille transtulerat, pacto non paruerit, *l. Titius* 9. *ff. h. t.* Sed & ad pœnam agi potest, si illa pacto adjecta sit; etiam manus injectio in ipsum servum non exportatum fieri, si eam sibi venditor pactus sit; & si servus ab emtore manumissus ad loca interdicta venerit, fisco in perpetuam servitutem addicendus est, *l.* 1. 2. *C. si servus export. veneat.* Cessat tamen pœna aut ejus quod interest exactio, si sine domini seu emtoris voluntate servus ad loca prohibita accesserit, *d. l.* 2. *in fin. C. h. t.* veluti si a domino profugus in interdicta provincia vagetur, *l. Titius* 9. *ff. h. t.* Con-

tra quoque, si pacto id actum sit, *ne servum venditus exportetur*, servanda usque adeo lex fuit, ut ob eam neglectam, præter id quod interest, etiam affectionis ratione recte agi placitum sit. *l. servus* 7. *in fine ff. h. t.*

2. Est & pactum, quo mancipium ita venit, *ut intra certum tempus*, vel simpliciter, *ut manumittatur*. Quo non impleto intra diem præfinitum, vel, si omissus dies, intra tempus tale, quo id fieri commode potuisset, ipso jure servus aut ancilla sic vendita ad libertatem perducitur; adeo ut deinceps non de præstanda sibi libertate, quæ ex constitutione jam erat quæsita, sed de obtenta defendenda, experiundum fuerit, & partus ancillæ, post moram ab emtore factam procreatus, liber & ingenuus nasci intelligatur, ex constitutione D. Marci, qua derogatum fuit placito Hadriani, manumissionem hoc casu exigentis, *l. si quis hac lege* 3. *l. ult. ff. h. t. l.* 1. & 3. 4. *C. si mancip. ita fuerit alienat. ut manumit.* etiamsi venditor in casum non secutæ manumissionis certam sibi pœnam pactus esset; cum nihilominus ita servus liber fiat, ac si sine pœnæ adjectione distractus fuisset manumittendus, cessante ob favorem libertatis pœnæ exactione, *l. ult. C. h. t.* Si modo major annis viginti servum suum ea vendiderit conditione: in minore enim ob consilium ejus parum firmum legis Æliæ Sentiæ auctoritas hanc manumittendi conditionem inutilem effecit, licet in id tempus dilatam, quo venditor annos viginti explevisset; *l. si minor* 4. *ff. h. t.* junct. §. *eadem lege* 5. *Instit. quib. ex caus. manumit. non licet.* Nec venditori liberum est post lapsum tempus, intra quod manumissio peragenda erat, hanc revocare manumittendi conditionem; cum jam ipso jure libertas servo competere cœperit, in posterum ei firmiter asserenda ac defendenda, arg. *d. l.* 1. *in fine, & ll. seqq. C. si mancipat. ita fuerit alienat. ut manum.* Plane antequam venerit tempus manumittendi, pœnitentia & conditionis revocandæ facultas venditori permissa est, ad eum effectum, ne ipso jure per temporis lapsum libertas servo nascatur, neve emtor, non manumittens, venditori ad id quod interest obstrictus sit, *l.* 1. *C. d. l.* 1. *C. h. t. l. si quis hac lege* 3. *ff. h. t.* Sed si voluntatis mutationem sequi emtor nolit, malitque contra mutatam venditoris mentem servo libertatem dare, venditori eo nomine nihil præstat; & hoc est quod Papinianus voluit in *l. quæsitum* 8. *ff. h. t.* cum ait, *ex vendito actionem manumisso servo vel* (id est etiam) *mutata venditoris voluntate, evanuisse*, eoque etiam pertinet, *l.* 1 *ff. qui sine manumiss. ad libert. perveniunt.* Nec obstat, quod dominus, qui procuratori servum suum dederat manumittendum, mutare consilium cum effectu possit, & impedire libertatem necdum collatam, *l. si quis alicui* 27. §. *si servum* 1. *l. si hominem* 30. *ff. mandati.* Alia enim mandati, alia venditionis causa est: post perfectam venditionem nihil alterutro invito, cui jus quæsitum est, per alterum immutari potest, l. *sicut initio* 5. *C. de oblig. & act.* at ea pecularis mandati natura est, ut quamdiu illud impletum non est, adeoque necdum libertas tributa, recte revocetur, §. *recte* 9. *Instit. de mandato.*

3. Non minus subsistit pactum alterum priori contrarium, *ne mancipium manumittatur*: cujus ea vis est, ut nec vivo nec mortuo venditore manumittere liceat, si servi puniendi gratia conditio illa adscripta probetur, & interposita contra pactum manumissio ipso jure nulla sit, ideoque nec pœnæ petitio, si quæ in casum violati pacti apposita fuerit, locum habeat, *l. ea quidem* 5. *C. si mancip. ita fuerit alienat. ut manumitt. l. ult. C. qui non possunt. ad libert. perven. l. is, qui suis* 4. §. *in illic* 9. *l. servus hac lege* 9. *ff. de manumission.*

4. Potest quoque pactum addi, *ne ancilla prostituatur*; quod casu contra pactionem etiam tunc emtor venisse videtur, cum eam sub specie ministrandi in caupona habet, *l. si venditor* 6. *ff. h. t. tot. tit. C. si mancipium ita venierit, ne prostituatur*, junct. *l. quæ adulterium* 29. *C. ad leg. Jul. de adulter.* Contra vero reprobata pacta, quæ in se turpitudinem aut crudelitatem continent, bonisque moribus adversantur; qualia sunt, ut ancilla prostituatur, arg. *l.* 1. 2. 3. *C. si mancip. ita venierit, ne prostit.* ut servus cum bestiis depugnet, aut iis objiciatur, castretur, &c. *l. domini neque* 42. *ff. de contrah. emt. l. is, qui servum* 6. *l. circumcidere* 11. §. 1. 2. *ff. ad leg. Cornel. de sicar.*

LIBER NONUSDECIMUS.

TITULUS I.

De actionibus Emti & Venditi.

SUMMARIA.

1. *Actio emti cui detur? An & domino cujus procurator emit? An uni ex pluribus simul ementibus, vel uni ex pluribus unius emtoris heredibus ad partem rei, si offerat partem pretii pro rata?*
2. *Datur contra venditorem, etiam dominum procuratoris vendentis. An si plures sint venditores, vel plures unius venditoris heredes, unus in solidum conveniri possit, ut solus rem venditam in solidum præstet?*
3. *Petitur hac actione traditio rei & accessionum; quandoque etiam pretium.*
4. *Horreo vendito, an & dolia? Fundo vendito, an & dolia? Quid juris si id actum, ut dolia fundo accedant? Quæ transeant fundo vendito? An sterquilinum, quod in fundo est? An ruta & cæsa? an pisces studiose in piscinam conjecti?*
5. *Venditis ædibus, quænam emtorem sequantur? an & horti & stabula? An pars media parietis intermedii, si venditor duas domos habens contiguas, unam vendat? Recensentur plurima, quæ emtori cedunt, ut & alia, quæ ad emtorem non transeunt cum domo.*
6. *An, & quando prædium rusticum vel urbanum tradi debeat liberum ab oneribus servitutum? An*

& transeant servitutes prædio debitæ? Et quid si venditor servitutes callide dissimulaverit prædio vel a prædio debitas? Quid juris circa servitutes, si duorum prædiorum contiguorum dominus unum vendiderit Titio, alterum Mævio, vel alterum sibi servaverit?

7. *Quæ transeant, arce vendita, castro aut territorio vendito, aut vicario distracto, præcipue taberna vendita?*

8. *Vino vendito an dolia, an vasa minora cedant emtori? An aviaria venditis avibus? An equo vendito, frenum, ephippium & reliqua ornamenta? An navi vendita, instrumenta navis; an & scapha?*

9. *Servo vendito, non transit peculium; nec equa, vacca aut ove vendita fœtus jam editus matremque sequens, sive ali sine matre possit, sive non.*

10. *Tradenda est vacua rei venditæ possessio. Quid operetur stipulatio,* vacuam possessionem tradi, *vel* rem tradi vacuamque possessionem? *Quando vacua possessio tradita intelligatur?*

11. *Quis sit effectus traditionis vacuæ possessionis? An dominium transeat, si nec pretium numeratum sit, nec de eo fides habita? Quando censeatur de pretio fides habita, quando non? An & tunc, cum venditor simpliciter rem tradidit ac ab emtore auferri passus est?*

12. *An & quando res vendita & tradita fide de pretio habita, adhuc vindicari possit? & quo modo immobilia coram lege loci tradenda sint?*

13. *De admensuratione rerum ad quantitatem venditarum. An venditor fundi teneatur monstrare fines fundi? An tradere aut monstrare instrumenta ad probandam originem acquisitionis pertinentia?*

14. *Præstanda cautio de tradendis iis, quæ in præsenti tradi nequeunt. Quibus in casibus præstari debeat per venditorem id quod interest? ubi de re aliena, & extra commercium posita, deque celato malo vicino. An venditor habens rei tradendæ facultatem præcise cogi possit ad tradendum, an vero liberetur præstando id quod interest; & quid moribus?*

15. *An venditor emtori præstet ea, quæ commendandi gratia asseruit de re vendita?*

16. *Quid sit actio venditi, & quibus detur? An executori rei judicatæ, qui pignora capta distraxit? An ei qui rem alienam vendidit ac tradidit ut suam? Contra quos detur? An contra eum, qui emi mandavit & procuratori jam pretium numeravit?*

17. *Si quis rem emerit ea lege,* ut pretium solvat quando voluerit: *aut,* postquam fuerit Romam profectus, *an valeat venditio? & an emtor ipse cogi possit ut solvat, quamdiu voluntatem non declaravit? an demum heres ejus?*

18. *Petitur hac actione pretium, & impensæ post venditionem in rem factæ, licet illa perierit; item usuræ pretii ex mora. Quid juris apud nos sit circa usuras pretii? An emtor liber sit ab usurarum præstatione; si graphiarius, apud quem pretia ex subhastationibus redacta deponenda sunt, confessus fuerit per gratificationem, ea deposita esse, cum non essent?*

19. *An teneatur ad usuras, si ob imminentem evictionem non solverit, aut oblatum pretium venditor voluerit acceptare? an vero tunc depositione opus sit?*

20. *An emtor aut venditor ob moram in re tradenda aut pretio solvendo petere possint omne, quod forte tanquam negotiatores lucrari potuissent, non facta mora?*

21. *An ob moram in pretio solvendo venditor rem repetere possit, & ad venditionis rescissionem agere?*

22. *Si primus emtor prædium solenniter pro pretio annua bima trima die solvendo obligaverit, dein ipse rursus annua bima tria die vendat, cum jam ipse in mora pretii solvendi esset, an primus venditor impediatur prædium jure pignoris vendere, cum necdum emtor secundus in mora esset?*

23. *Uter prius debeat implere contractum, emtor, an venditor? An excipiens contractum ab actore impletum non esse, id probare debeat? An apposita illa exceptione actor implere & sic in lite pergere possit? Quid agendum, si emtor & venditor rei mobilis sibi invicem non fidant?*

1. Cum emtio venditio illis annumeretur contractibus, qui utrimque obligatorii sunt, consequens fuit, duplicem quoque actionem inde nasci, puta, *emti* & *venditi*. Emti actio est personalis bonæ fidei, quæ datur emtori ejusque heredi, etiam utiliter domino, ex cujus mandato procurator emit, *l. Julianus* 13. §. *si procurator* 25. *ff. h. t.* Si plures eodem tempore simul eandem rem uno emerint pretio, vel plures emtoris unius heredes sint, liberum singulis non est pro sua parte actione ex emto experiri ad tradendam rei venditæ partem, pro rata pretii promissi oblata portione: sed vel omnes pariter, vel unum ex his, oblato toto pretio, agere ad rei totius traditionem, necesse est. Cum enim permissum venditori sit veluti pignoris jure retinere rem venditam donec pretium totum solutum fuerit, nec quicquam emtor agat oblata sola pretii parte, *l. Julianus* 13. §. *offerri* 8. *ff. h. t.* & pignoris causa individua dicatur, licet alioquin æs alienum inter coheredes ipso jure divisum sit, adeo ut post solutam ab uno herede hereditariam debiti personalis partem integrum nihilominus pignus pro reliquo debito obligatum maneat, nec repeti proportione solventis possit, *l.* 1. 2. *C. de luit. pignoris*, merito responsum a Labeone fuit, unum ex heredibus partem pretii solventem ex emto agere non posse, quoniam ita contractum æs alienum dividi non potest, *l. fistulas* 78. §. *qui fundum* 2. *ff. de contrah. emt.* ibique DD.

2. Competit hæc actio adversus venditorem ac utiliter etiam contra dominum, cujus jussu procurator vendidit, *d. l. Julianus* 13. §. *si procurator* 25. *ff. h. t.* & si plures sint venditores pluresve venditoris unius heredes, contra singulos pro parte, eo quod hic non eadem, quæ in pluribus ejusdem emtoris heredibus, individui debiti, quasi hypothecarii, ratio est. Et licet in commodato placuerit, eo casu, quo unus ex pluribus commodatarii heredibus rem totam tenet, adeoque totius rei restituendæ facultatem habet, eum in solidum condemnandum, *l. sed mihi* 3. *heres* 3. *ff. commodati*, idemque in rei vindicatione obtinuerit, ubi unus ex pluribus possessoris heredibus rem totam possidet, *l. si possessor fundi* 55. *ff. de rei vin*

dicat. ad unum tamen ex pluribus unius venditoris heredibus id porrigendum non est; eo quod in commodato & rei vindicatione non nisi de restituenda possessione vel detentione rei quæstio est; qualis restitutio sequelam aliam non habet, quam possessionis translationem: at si quis ex emto ad tradendum adigatur, aut emtorem debet dominum facere, aut ei de evictione incipit devinctus esse, *l. ex emto* 11. §. *& in primis* 2. *ff. h. t.* per occasionem autem rei venditæ, penes unum heredem existentis, eum vel ad totius dominium transferendum, vel de rei totius evictione teneri, durum & iniquum foret: nam & si fundus ab omnibus heredibus per testatorem legatus sit, qui unius heredis esset, eum quidem, cujus fundus esset, non amplius quam suam partem præstiturum, ceteros in reliquas partes teneri, Julianus scripsit, *l. si tibi homo* 86. §. *si fundus* 3. *ff. de legatis* 1. Confer Costalium ad *l.* 55. *ff. de rei vindicat. in rei fine*.

3. Petitur hac actione, ut res vendita corporalis tradatur, incorporalis cedatur, aliove simili modo ejus quasi traditio fiat, una cum fructibus a tempore venditionis perceptis omnibusque accessionibus vel speciali pacto comprehensis, vel ex generali emtionis natura præstari solitis. Nec quemquam turbare debet, quod a Juliano scriptum est, emtorem actione ex emto pretium consequi, *l. cui res* 29. *ff. h. t.* Considerandum enim, illic agi de legatario, qui rem sibi sub conditione legatam imprudens emerat ab herede; cui cum res existente conditione ex causa legati quæsita esset, necesse erat resolvi venditionem ab herede factam, perinde ac si nunquam intercessisset, arg. *l. ult.* §. *sin autem* 3. *C. commun. de legatis*, atque adeo etiam, resoluta venditione, pretium reddi: eo modo, quo & actione emti ad pretium restituendum ob emtionem resolutam contenditur in facti specie, quæ est in *l. ex emto* 11. §. *si quis virginem* 5. *ff. h. t.* quemadmodum & ex adverso venditor actione venditi agit ad fundi venditi redditionem, postquam vi legis commissoriæ venditio resoluta fuit, *l. si fundus* 4. *ff. de lege commissoria*.

4. Sed ut apertius constet, quæ accessionis jure in emtorem transire debeant, per species nobiliores ire consultum fuerit. Horreo ergo vendito, dolia accedunt ibidem defossa, *l. dolia* 76. *ff. de contrab. emt.* non item fundo distracto, cum dolia non fundi nec villæ sed horrei instrumenta sint. *l. fundi nihil est* 17. *ff. h. t. l. Lucius Titius* 93. §. *collegio* 4. *ff. de legatis* 3. Unde & pacto speciali id actum legitur, ut fundo vendito dolia accedant, *l. qui fundum* 40. §. *pen. ff. de contrab. emt.* Nec adversus, quod usufructu fundi legato dolia, cuppæ & alia plura his similia legato continentur, *l. sed, si quid* 15. §. *proprietatis* 6. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Etenim cum Jurisconsultus in ea lege facit mentionem *domus* & *fundi*, ac instrumentorum domus vel fundi usufructum simul legatum sit, per domum intelligere videtur omne urbanum prædium, in quantum omnia ædificia urbana prædia appellamus, §. *Instit. de servitut. prædior.* per fundum ex adverso prædium omne rusticum, adeoque & fundos in specie ad fructus quærendos, & horrea ad eosdem recondendos, horreorum autem instrumenta & accessiones sunt dolia defossa, cuppæ, torcularia &c. *d. l. dolia* 76. *ff. de contrab. emt.* Groenewegen ad *d. l.* 76. Si tamen id actum sit, ut fundo vendito certus accedat doliorum numerus, ita pacto standum est, ut integra dolia ad istum usque numerum præstentur, non quassa, quoties vel tot integra in fundo sunt, vel, cum dolia nulla in fundo essent, aliunde coemenda forent: nam si doliorum numerus, contractu comprehensus, in fundo inveniatur connumeratis & quassis, liberari potest venditor integra, quæ reperta ibi sunt, & in subsidium quæssa præstando, *l. quidquid venditor* 27. *l. pen.* §. *si dolia* 1. *ff. h. t.* Porro fundo seu agro vendito, vendita etiam intelliguntur omnia, quæ terra tenentur, arbores, vites, pomaria, sylva cædua, salicta, arundineta, seminaria, metallifodinæ, lapicidinæ, arenæ fodinæ, atque ipsi etiam fructus pendentes, tanquam fundi partes, si nihil horum nominatim exceptum sit, *l. qui fundum* 40. §. *fundi venditor* 3. & 4. *l. in lege fundi* 77. *ff. de contrab. emt. l. si post inspectum* 9. *ff. de peric. & comm. rei vend. l. fructus pendentes* 44. *ff. de rei vindic. l. Julianus*. 13. §. *si fructibus* 10. *ff. h. t.* Hugo Grotius *manud. Jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 14. *num.* 49. Quin & stramenta ac sterculinum, si in fundo sit, & fundi istius stercorandi, non item vendendi causa comparatum, emtori cedere cum fundo vendito. Ulpianus notat, *l. fundi nihil* 17. §. *fundo vendito* 2. *ff. h. t.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 33. *defin.* 19. Non tamen ad emtorem transeunt ruta & cæsa ante venditionem, nec arbores ante dejectæ licet post inspectionem ab emtore factam id eo ignorante contigisset, *l. fundi nihil* 17. §. *si ruta* 6. *ff. h. t. l. in vendendo* 66. §. *ult. ff. de contrab. emt. l. in rutis* 241. *ff. de verb. signif. l. si post inspectum* 9. *ff. de peric. & commod. rei vend.* nec cum fundo vendito pisces, qui in piscinam studiose conjecti sunt, nec animalia in fundo vendito oberrantia aut pascentia, *l. lines & labra* 15. *in fine l.* 16. *ff. h. t.* Confer Manticam *de tacit. & ambig. convent. libr.* 4. *tit.* 16. *num.* 5. & *passim*, Mozzium *de contract. emtion. & vend. tit. de naturalibus emtion. n.* 56.

5. Ædibus distractis, non modo tradendi cum ædibus sunt horti, qui in continentibus ædificii sunt, & habitationis commodioris ergo haberi solent, uti & stabula, quæ urbanorum prædiorum jure censeri solent, velut ædium accessiones, arg. *l. prædiis* 91. §. *qui domum* 5. *ff. de legat.* 3. *l. eo jure* 4. §. 1. *ff. in quib. caus. pign. vel hyp. tacite contrah. l. creditor.* 52. §. *ult. ff. h. t.* confer *tit. de usufructu n.* 21. Berlichium *decis.* 191. nec non media pars parietis, si venditor duas habens domos contiguas, pariete uno intermedio distinctas, unam vendiderit, ut dictum *tit. de servit. præd. urban. num.* 15. sed & insuper omnia præstanda, quæ ædificio inserta & inclusa sunt, quæque propter ædes perpetui usus gratia habentur, & quasi pars ædium sunt, veluti, puteal, lines & labra (de quibus Gothofredus in notis), salientes fistulæ quæ salientibus junguntur, licet longe excurrant extra ædificium, canales, castella plumbea aquatica, *l. Julianus* 13. §. *ult. l.* 14. *l.* 15. *l. fundi nihil*. 17. §. 7. 8. 9. *l. si venditor* 38. §. *ult. ff. h. t.* adhæc tabulæ pictæ quæ protectorio includuntur, crustæque marmoreæ, *l. fundi nihil* 17. §. *quæ tabulæ* 3. *ff. h. t.* seræ etiam & claves & claustra, licet terra se non teneant, *d. l. fundi* 17. *pr. ff. h. t.* ea insuper omnia, quæ ædificio ante venditionem eo erant detracta animo, ut reponerentur, *d. l.* 17. §. *pen. l. granaria* 18. §. 1. *ff. h. t.* Adde *l. malum* 242. §. *ult. ff. de verb. signi.* Non tamen ea, quæ temporali tantum usus gratia, & ad

præsens, in ædibus sint, *d. l.* 17. §. *Labeo* 7. *ff. h. t.* adeoque nec reticuli circa columnas, nec plutei circa parietes, nec vela Cilicia; si vel ista vela frigoris vel umbræ causa, adeoque voluptatis gratia in domo sint, *d. l.* 17. §. *reticuli* 4. *ff. h. t.* junct. *l. quæsitum est* 12. §. *si dominus* 16. *ff. de instructo vel instrument. legato.* Confer *l. majum* 242. § *plumbum* 2. *l. pen. ff. de verb. signif.* Secus, si ideo vela Cilicia parata sint, ne ædificia vento vel pluvia laborent; tunc enim ædium instrumenta esse Cassius censuit, *d. l.* 12. §. *vela autem* 17. *ff. de instruct. vel instrum. leg.* Sed nec ad emtorem transeant, quæ nunquam ædificio juncta fuerunt, etsi eum parata in finem, ut jungerentur, sive columnæ & marmora sint, sive tegulæ tegendi causa jam in domum allatæ, *d. l.* 17. §. *pen. d. l.* 18. §. 1. *ff. h. t.* Confer de ædium venditarum accessionibus Manticam *de tacitis & ambig. convent. lib.* 4. *t.* 15.

6. Illud urbanorum ac rusticorum prædiorum venditioni commune est, quod emtori præstari debeant libera ab omni onere servitutis, quæ a lege vel statuto imposita non est, si; *ut optima maximaque sunt*, empta fuerint; quod si vel simpliciter sint vendita, vel generaliter cum servitutibus impositis ac constitutis, ad ea libera præstanda venditor obligatus non est, nisi dolo malo servitutes a venditore dissimulatas appareat, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* Idemque fere in tributis obtinet, ut tributorum emti prædii nomine præstandorum intuitu non teneatur venditor, nisi ea abesse dixerit, aut studio ac decipiendi causa dissimulaverit, *l. si sterilis* 21. §. *si prædii* 1. *ff. h. t. l. si minor* 9. *C. h. t.* Sed & vice versa nullæ præstandæ cum prædio vendito servitutes prædio debitæ, licet cum formula, ut *optimum maximumque*, venditum proponatur, nisi dictum nominatim fuerit, servitutem accessuram, *l. pen. ff. de evriction. l. cum venderes* 59. *ff. de contrahen. emtion. l. qui uti optima* 90. *ff. de verb. signif. l. si arborem* 17. §. *pen. & ult. ff. de servit. præd. urban.* Adde Brissonium *antiquit. select. lib.* 1. *cap.* 19. quæ tamen, si prædio vendito acquisitæ fuerint, omnino præstandæ forent, licet id nominatim actum non sit; adeo ut venditor emtori teneatur ob dolum, cum venditor servitutum quasdam non commemorasset, sed sciens reticuisset, & ob id eas emtor non utendo amisisset, *l. in vendendo* 66. §. 1. *ff. de contrab. emt.* Quod si duarum ædium dominus eas diversis vendiderit, vel unam ex his, alteramque domum sibi servaverit, cum una aliarum stillicidium reciperet, vel tigna immissa, vel protecta aliaque similia, quæ non sine servitute habentur aut fiunt, magis est, ut emtores hæc prædia cum istiusmodi juribus, uni commodis, alteri incommodis, in emtores transferri non debeant, nisi aut nominatim servitus imposita sit, aut ædes sint venditæ cum adjectione illa *uti nunc sunt*, *l.* 1. *ff. de servit. legata*, *l. si quis ædes* 30. *ff. de servit. præd. urban. l. in tradendis ff. commun. prædior. tam. urb.* 7. *quam rust.* arg. *l. Gaurus Marcello* 10. *l. si binarum* 35. *ff. de servit. præd. urban.* Ac secundum hanc limitationem accipienda, quæ generalius a Neratio in *l. pen. ff. de damno infecto*, nec non a Papiniano ac Juliano tradita inveniuntur in *l. binas quis* 36. *l.* 37. *ff. de servit. præd. urb.* præsertim, si consideres, utramque cohærere, per particulam *idemque in pr. d. l.* 37. auctorem autem *legis* 37. Julianum esse, adeoque eundem, qui in *l.* 1. *ff. de servit. legata* notavit alium generalius respondentem, servitutem impositam videri; nec secundum ante dicta admisit id aliter quam si id actum esset. In quam sententiam etiam responsum extat inter Resp. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 145. *pag.* 237. licet contraria sententia placuerit Hugoni Grotio *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 36. *num.* 8. Confer Resp. Jurisc. Holl. *par.* 5. *consil.* 75. *pag.* 251. Menochium *de præsumtion. lib.* 4 *præsumt.* 144. *numer.* 2. 3. 4. Matthæus de Afflictis *decis.* 298. Capollam *de servitut. præd. urban. cap.* 38. *num.* 6. Ant. Thesaurum *decis.* 216.

7. Arce vendita, tradenda simul videntur tormenta bellica, ejus tuendæ causa parata, tanquam quæ propter castrum ibidem habentur, arg. *l. Julianus* 13. §. *ult. ff. h. t.* Tiraquellus *de retract. gentil.* §. 1. *gloss.* 7. *n.* 96. Cujacius *ad feud. lib.* 2. *tit.* 2. *in med.* Wissenbach *ad Fund. h. t. vol.* 1. *disp.* 37. *num.* 7. Parens p. mem. Paulus Voet *de natura mobil. & immobil. cap.* 5. *n. ult.* castro vendito vel territorio, transferenda etiam in emtorem jurisdictio, omniaque alia jura similia, quæ castro cohærent, Rosenthal *de feudis cap.* 12. *conclus.* 15. *n.* 40. *& seqq.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib.* 4. *tit.* 16. *num.* 30. & *seqq.* ipsa quin etiam jura suffragii, nisi simul personæ qualitas, veluti nobilitas, ad jus suffragii requisita sit, nec talis in emtore deprehendantur. Vide Resp. Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 144. Vivario distracto, vendita quoque videri possunt animalia, quæ propagationis causa vivario inclusa sunt; nec aliud in piscinis venditis piscium intuitu respondendum est, arg. *l. possideri autem* 3. §. *item feras bestias* 14. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* junct. *l. usufructuarium* 62. §. 1. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 50. 51. Ant. Matthæus *de oblig. disput.* 15. *n.* 14. Confer Argentræum *ad consuetud. Britan. art.* 76. *not.* 10. In quæstione, quid, taberna vendita, venditum intelligatur, dicendum videtur, ipsas quidem merces in ea existentes neutquam distracta videri, sive simpliciter, sive instructa vendita sit, nisi nominatim merces quoque emtione comprehensæ sint, vel una cum taberna sint vendita ea omnia, quæ tabernæ exercendæ & instruendæ causa facta parataque sunt. arg. *l. si ita testamento* 15. *ff. de instruct. vel instrum. legato*, at respectu instrumentorum tabernæ distinctione opus est: nam si simpliciter taberna sit vendita, instrumenta in dubio non censentur venisse, sed tantum solum, seu locus ille, aut statio, in qua merces solent venales proponi; aut si publicus locus sit, tantum usus ejus ac jus merces illic venales habendi, arg. *l. qui tabernas* 32. *ff. de contrab. emt.* si vero taberna instructa sit vendita, omnia quoque instrumenta tabernæ cauponariæ instrumentis comprehendi, dolia, vasa, ancones, calices, trullas, item urnas æneas, congiaria, sextaria, & similia, imo & ipsos cauponæ institores, Paulus tradidit *l. tabernæ cauponariæ* 13. *ff. de instruct. vel instrum. legat.* & hoc puto velle Ulpianum, cum ait, *instructam tabernam esse accipiendam, quæ & rebus & hominibus ad negotiationem paratis constat.*, sic ut illic per *res* non denotentur *res venales*, sed res illæ, seu instrumenta illa sine quibus exerceri taberna non potest, *l. instructam autem* 185. *ff. de verb. signif.* Nec his adversatur, quod taberna pignori obligata merces in

taberna obligatæ sunt, *l. cum tabernam* 34. *ff. de pign. & hypot.* Placuit enim istud ita in pignoribus, tum ne alioquin nihil conventione pignoris actum videretur, *d. l.* 34. tum quia obligatio mercium non ita nocet, atque quidem noceret venditio; cum pignoris datione firmetur tantum debitum, at non durius aut majus efficiatur. Confer Alciatum ad *d. l.* 185. *ff. de verb. signif.*

8. Ceterum non immobilium tantum, sed & mobilium distractorum accessiones sunt. Vino namque vendito, etsi dolia majora in terra defossa, quibus illud reconditum fuit, vendita non intelliguntur, quippe magis horreorum accessiones, ut ante dictum; minora tamen vasa, in quæ vinum ex doliis asportationis causa transfundi solet, una cum vino vendito in emtorem in dubio transeunt, *l. vinum cum vasis* 15. *ff. de trit. vino vel oleo legato*, arg. *l. qui penum* 3. *§. ult. l.* 4. *ff. de penu legata*, Cujacius *lib.* 2. *observat.* 36. Gœddeus *ad l.* 206. *ff. de verbor. signif.* Menochius *de præsunt. lib.* 3. *præs.* 77. Ant. Matthæus *de obligat. disp.* 15. *num.* 13. Licet quandoque dolia cum vasis confundantur, & *vasa* dicantur, quæ eodem in textu semel iterumque *dolia* appellata erant *l.* 1. *§.* 3. *de peric. & comm. rei venditæ*, *l. fundi nihil* 17. *pr. ff. b. t.* Sed & venditis avibus omnibus quas venditor venales habet, simul debentur aviaria portatilia, quibus aves inclusæ erant, cum & sub avium legato contineantur, arg. *l. avibus legatis* 66. *ff. de legatis* 3. a legatis autem ad venditionem circa accessionem argumentum procedere, colligi potest arg. *l. Julianus* 13. *§. ult. l. fundi nihil* 17. *§. fundo* 2. *ff. b. t.* Adhæc equo vendito ephippium & frenum reliquaque ornamenta, quibus equus venditionis tempore ornatus aut instructus erat emtori deberi, nisi nominatim excepta fuerint, verius est, *l. ædiles ajunt* 38. *pr. ff. de ædil. edict.* Gomezius *var. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *num.* 15. *in pr.* Mozzius *de contract. tit. de naturalib. emt. & vend. n.* 48. Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 1. *art.* 27. *in addit. in pr.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 15. *n.* 25. Quin &, si navis jam ad iter aut piscationem exercendam parata, atque instructa apparatu piscatorio, annona nautica, similibusque, vendatur *ita uti nunc est*, (*so het daar leyd*) omnia illa quæ in navi sunt, non sola navis instrumenta, videri vendita, responsum est, Resp. Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 24. Licet alioquin navi simpliciter instructa aut cum instrumentis distracta, nil præter instrumenta navigationi necessaria debeatur, ac ne scapha quidem secundum jus Romanum in emtorem transferenda fuerit; eo quod scapha mediocritate, non genere, a navigio distat, & ideo instrumentum ejus esse nequit, *l. ult. ff. de instruct. vel instrum. legato.* Cujus tamen contrarium moribus nostris obtinere, statuit Groenewegen ad *dict. l. ult.*

9. Non tamen emtorem servi sequitur peculium ejus, *l. quoties servus* 29. *ff. de contrab. emt.* Nec ove, vacca, vel equa vendita, in emtorem transferri debet hædus, aut vitulus, aut pullus equinus, venditionis tempore jam editus, nisi aliud actum sit arg. *l. legatis servis* 65. *§. ult. l. servis legatis* 81. *§. ovibus* 4. *ff. de legatis* 3. Non enim probanda vulgata interpretum distinctio, utrum fœtus animalis jam ad eam ætatem pervenerit, ut ali sine matre possit, & herba pasci, an vero fœtui interitus immineat, si a matre separetur; quasi hoc casu simul fœtus venditus intelligi deberet; illo non item, Gomesius *var. resol. tom* 2. *cap.* 2. *num.* 14. Mozzius *de contract. de naturalib. emt. vend. num.* 44. cum utique opinio ista neque ratione sufficiente, neque lege, firmata sit, nec id dictet *l. si, ut certo* 5. *§. usque adeo* 9. *ff. commodati*, *l. quamvis* 10. *de precario*, *l. sed addes* 19. *§. si quis mulierem* 7. *ff. locati*, quippe quæ de locatione & precario ac commodato agentes, ad emtionem haud transferendæ sunt; nec a custodia circa fœtum præstanda ad translationem dominii argumentum procedit.

10. Ita autem emtori res venditæ cum accessionibus tradendæ sunt, ut ei vacua acquiratur possessio, *l. si in emtione* 2. *§.* 1. *ff. b. t.* sive id nominatim actum sit, sive non. Si tamen expressa stipulatione cautum sit, *vacuam tradi possessionem*, vi stipulationis emtor rem quidem, at non fructus petere posset, quippe ad quos tunc magis actione ex emto contendendum foret, *l. ratio.* 3. *§. si emtor* 1. *ff. b. t.* quia ea actionis ex stipulatu aliisque stricti juris negotiis descendentis natura est, quod quoties ea persequimur rem, quæ nostra non fuit, fructus non consequamur etiamsi mora facta sit, sed demum a tempore litis contestatæ, *l. videamus* 38. *§. si actionem* 7. *ff. de usuris.* Plane, si *rem tradi vacuamque rei possessionem* stipulatus esset, repetitio talis efficeret, ut & fructus ea viderentur stipulatione comprehensi, *l. si stipulatus sis* 4. *ff. de usuris.* Vacuam vero possessionem tradere venditor intelligitur, cum ita tradit, ut res possessori ab alio avocari nequeat, adeoque emtor in lite de possessione potior futurus sit, *l. ex emto* 11. *§. idem Neratius* 13. *ff. b. t.* Unde tradita non censetur possessio vacua, si alius in ea legatorum aut fideicommissorum servandorum causa in possessione sit, aut creditores bona possideant, aut venter in possessionem missus fuerit, & generaliter ratio possessionis, quæ a venditore fieri debet, talis est, ut, si quis eam possessionem jure avocaverit, tradita possessio non intelligatur, *l. si in emtione* 2. *§.* 1. *l.* 3. *pr. ff. b. t.*

11. Vacuæ hujus possessionis traditæ effectus est, quod, si venditor dominus fuerit, emtorem quoque dominum faciat; si non fuit, emtori tantum evictionis nomine obligetur, *l. ex emto* 11. *§. & in primis* 2. *ff. b. t.* dummodo meminerimus, ita demum in emtorem dominium transferri traditione, si pretium numeratum fuerit, vel satis eo nomine factum, vel sine ulla satisfactione de pretio fides emtoris sit habita, *l. quod vendidi* 19. *ff. de contrab. emt. d. l.* 11. *§.* 2. *ff. b. t. §. venditæ* 41. *Instit. de rer. divis. l. procuratoris* 5. *§. sed si dedi* 18. *ff. de tribut. act.* Fidem autem de pretio habuisse censetur venditor, si in securitatem ejus fidejussores acceperit, aut pignora, aut aliam non absimilem securitatem, *d. l.* 5. *§.* 18. *ff. tribut. act. d. §.* 41. *Inst. de rer. divis.* arg. *l.* 1. *§. item quæritur* 11. *& §. si quis pignus* 15. *ff. de separation.* si pretii novaverit obligationem, arg. *d. leg.* 1. *§. illud sciendum* 10. *ff. de separat.* si usuras pretii receperit vel exegerit, sive in præteritum, sive in futurum adeoque in antecessum, arg. *d. leg.* 1. *§. illud* 10 *in fine ff. de separation. leg. qui in futurum* 57. *pr. ff. de pactis*, si indulserit emtori solvendi dilationem, arg. *l. pen. C. de re judicata*, *l. qui ea lege* 3. *C. de pact. inter emt. & vendit.* Quod si simpliciter rem venditor tradiderit, ac ab emtore au-

ferri passus sit, nec quicquam de pretii solutione dictum fuerit, neque quicquam eorum intervenerit, quæ jam enumerata sunt, vix est, ut dici debeat de pretio tunc fides habita; cum ita neque securus fuerit venditor redditus, neque ei satisfactum sit, neque ullum habitæ fidei indicium existat; atque insuper, admissa sententia contraria vix casus superfuturus esset, in quo non emtori intelligeretur de pretio fides habita, nisi cum nominatim id expressum esset, venditorem nolle sequi fidem emtoris, atque ita frustranea videretur illa Imperatoris admonitio, *non aliter res venditas & traditas emtori acquiri, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit*, *d.* §. 41. *Instit. de rer. divis.* Confer Mollerum *semestrium lib.* 4. *cap.* 28. *n.* 3. 4. *& seqq.* Hugo. Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 5. *n.* 19. Vinnium ad §. 41. *Instit. de rer. divis.* Resp. Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 217. Sim. van Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 17. *n.* 20. & alios ibidem citatos.

12. An autem, & quando, res vendita & tradita, etiam post fidem de pretio habitam, vindicari per venditorem possit, latius expositum *tit. de rei vindic. n.* 14. 15. Uti & plenius in *tit. de acquir. rer. domin.* explicandum erit, ex emtione aliisque similibus causis non aliter transferri dominium immobilium, & quæ immobilibus hac in parte assimilata sunt, quam si traditio solemniter coram lege loci, aut in feudalibus coram curia feudali, facta sit, soluto etiam quibusdam in locis tributo quadragesimæ aut alterius partis pretii, fisco pendendæ.

13. Quandoque tamen præter vacuam emtæ rei possessionem etiam alia per venditorem emtori præstanda sunt. Rerum namque fungibilium, nec non prædii ad quantitatem venditi admensuratio aut appensio venditori incumbit, arg. *leg. quod sæpe* 35. §. *in his, quæ* 5. *ff. de contrab. emt. l.* 2. §. 1. *ff. de peric. & commodo rei vend.* de qua mensione ac quæstionibus circa eam, agendum pluribus *tit. de solutionibus.* Fundi venditi demonstrationem fieri necesse est, *l. Titius heres* 48. *ff. b. t.* Licet nominare confinium agrorum dominus venditor haud teneatur, quasi supervacua sit nominatio confinium post ipsos fines satis monstratos, *l. cum servo* 63. §. 1. *ff. de contrab. emt.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 8. *n* 17. Hugo Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 13. neque etiam tradere emtori instrumenta ad probandam originem acquisitionis, seu docendum jus suum, necessaria; quippe quæ monstrari seu ostendi emtori, ac ubi usus exegerit; exhiberi sufficit, ea lege, ut, postquam iis emtor usus fuerit, venditori asservanda restituantur, arg. *l. instrumenta* 24. *C. de fideicommissis, d. l. Titius beres* 48. *l. creditor* 52. *pr. ff. b. t.* Groenewegen *ad Grotii manud. d. lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 14. Carpzovius *defin. forens. par.* 2. *constit.* 33. *defin.* 18.

14. Omnia insuper præstanda emtori commoda, cedenda jura, & actiones, quæ rei venditæ occasione per venditorem acquisita sunt, enumerata in *t. de peric. & commodo rei vend. n.* 9. Interponenda & cautio de his omnibus tradendis aut præstandis, si nondum venerit dies traditioni præfixus, vel traditio de præsenti aliquo casu impedita sit, arg. *l. ex emto* 11. §. *idem Neratius* 8. *ff. b. t. l. emtor* 24. *C. b. t. l. in omnibus* 41. *ff. de judiciis*, §. *& si rem* 2. 3. *instit. de offic. judicis.* Ac denique solvendum id quod interest, si vel res aliena a sciente vendita sit, licet necdum evicta, *l. servus, quem* 30. §. 1. *ff. b. t.* (utcunque nominatim id actum esset, ne eo nomine quicquam præstetur, nisi & emtor sciverit rem alienam esse, *l. tenetur ex emto* §. *ult. ff. b. t.*) vel res sacra aut alias commercio exempta ignoranti dolo malo distracta fuerit, §. *ult. inst. de emt. venditione*, *l. qui officii* 62. §. 1. *ff. de contrab. emt.* vel venditor malum confinem celaverit, quem emtor si audivisset, non fuisset emturus, *l. quod sæpe* 35. §. *ult. ff. de contrab. emt.* (quod tamen moribus non obtinere, monet Groenewegen ad *d. l.* 35. §. *ult.*) vel in mora tradendi sit, aut dolo vel culpa tali, quæ per eum ex natura negotii vel conventione præstanda est, fecerit, quo minus tradere possit; vel denique contumaciter tradere nolit, cum haberet tradendi facultatem. Neque enim venditor ad traditionem rei venditæ præcise cogi potest, sed liberatur præstando id quod interest; tum quia obligatio ad tradendum est facti obligatio; in omnibus vero faciendi obligationibus id obtinet, ut, qui factum non adimplet, præstatione pecuniaria ejus quod interest, defungi possit, *l. si quis ab alio* 13. §. 1. *ff. de re judic.* §. *ult. inst. de verbor. obligat.* tum quia nulla legibus via aut ratio est prodita, per quam districte ad traditionem compelli posset; tum denique quia pluribus in legibus præstatio ejus, quod interest, venditori invenitur imposita, qui rem venditam *procacia* sua tradere non vult, *l. si traditio* 4. *C. de act. emti l. si jactum* 12. *ff. b t.* Nec est, quod excipiatur, in emtione rem, non factum, in obligationem deduci, *l. venditor ex hereditate* 21. *in med. ff. de hered. vel act. vend.* ac vacuæ possessionis traditionem non nudum esse factum, sed tale, quod continet causam bonorum, *l. in conventionalibus* 52. §. 1. *ff. de verbor. oblig.* Etenim ita in emtione res in obligationem deducitur, ut circa eam interponi debeat facti præstatio, traditio scilicet vacuæ possessionis: quæ ipsa traditio etiam in se spectata nudum factum est, consistens quippe in datione de manu in manum, aut inductione in possessionem, aliove facto simili, quo contingit translatio possessionis; ac proinde ejusdem naturæ est factum *tradendi fundum* & *fossam fodiendi* quantum ad præstationem ejus quod interest ob id, quod factum impletum non fuit, nec quisquam directo per rerum naturam ad factum cogi potest, *l. stipulationes* 72. *pr. ff. de verbor. oblig.* nec aliam puto rationem esse, cur is, qui stipulatus est *fossam fodiri, vacuam possessionem tradi, domum ædificari*, dicatur *incertum* stipulatus esse, *l. ubi autem non* 75. §. *quid id* 7. *ff. de verb. oblig.* quam quia incertum est, an implementum facti secuturum sit, an vero, quia factum non fuit præstitum, in pecuniam condemnatio facti vicem sit suppletura. Quod autem in *d. l.* 52. §. 1. *de verb. oblig.* Ulpianus scripsit, vacuæ possessionis traditionem *non nudum factum* esse, sed *causam bonorum* continere, non alio pertinet, quam ut significet, ex facto illo traditionis vacuæ possessionis aliquid nostris bonis accedere, dominium nempe aut civilem possessionem cum usucapiendi facultate, juxta *l. ex emto* 11. *& in primis* 2. *ff. b. t.* junct. *pr. instit. de usucapion.* quod non ita est in aliis factis, nihil post se relinquentibus, aut patrimonio adjicientibus, quale est factum eundi Romam, in Capitolium ascendendi, & quæ hujus generis sunt alia plura. Nul-

larum quoque virium sunt, quæ ex nostra sententia a nonnullis educuntur absurditates; sic jus civile probare contractuum violationem, sic legis auctoritate frangi impune posse fidem datam, dum aliud in obligationem deductum fuit, aliud emtori invito obtruditur. Considerandum enim in obligatione quidem solam esse tradendi necessitatem, §. 2. *inst. de donat. d. l.* 11. §. 2. *ff. h. t.* sed in liberatione esse præstationem ejus quod interest; quæ ipsa præstatio ejus quod interest ob rem non traditam perfidiæ ac contractus violati pœna est, *l. qui tibi* 6. *C. de hered. vel act. vend.* ut proinde non impune ferat frangens contractus fidem; nisi quis eadem ratione contendendum putet, & dolum impune fieri, & facti nudi obligationes impune negligi, dum, in contractibus dolum faciens, factumve nudum haud adimplens, non in aliud quam quanti adversarii interest damnari solet. Quin imo, pari jure dixeris, venditorem, qui dolo malo fecit, quo minus rem tradere posset, dum illam confregit consulto, vel in mare abjecit, vel alteri postea vendidit ac tradidit, impune fidem frangere, cum omnibus etiam dissentientibus placeat, hoc omnes ad id quod interest rem traditam non esse, oportere damnari. Frustra quoque obtenditur, adversus venditorem refractarium paratam esse ablationem manu militari faciendam, quo fiet, ut emtor vacuam possessionem atque ita traditionis effectum consequatur, *l. qui restituere* 68. *ff. de rei vindic.* Penitius enim attendenti apparebit, in *d. l.* 68. ablationem manu militari adhiberi, ut res iniquo ac contumaci subducta possessori ad verum dominum revertatur, eique suum defendatur potentissimum dominii jus; quorum nihil in emtione contingeret per ablationem manu militari factam, dum res vero auferretur domino, ac dominium ejus tribueretur ei, qui dominus non est. Ne dicam, ablationem atque translationem dominii a domino in alium jure Romano judicium & magistratuum ordinariorum excessisse potestatem, ac solius Principis aut legis id fuisse: usque adeo, ut ne hypothecario quidem creditori, potentius in pignore jus habenti, quam emtor emtæ rei ac necdum traditæ intuitu habet, prætor dominium pignoris, emtorem toto biennio haud invenientis, addicere potuerit, sed solus Princeps, *l. ult. C. de jure domin. impetr.* nec alia prætoribus competierit per manum militarem inductio in possessionem, quam quæ missionis in possessionem tuendæ gratia interponebatur, dominium neutiquam inducto tribuens, sed tantum detentionem *l. si quis missus* 3. *ff. ne vis fiat ei, qui in possess. miss. erit*, *l. si finita sit* 15. §. *ubi autem* 23. *ff. de damno infecto.* Non etiam adversatur, quod interesse nequeat duplum excedere, *l. unic. C. de sent. quæ pro eo quod interest feruntur*, & tamen venditor ne duplo quidem pretio oblato ab emtione possit resilire, aut ejus petere rescissionem, *l. non est* 6. *C. de rescind. vend.* Agit enim *l.* 6. de casu, quo contractus utrimque jam impletus erat traditione rei & pretii numeratione; a quo proinde recedi non poterat, nisi nova interposita venditione, *l. ab emtione* 58. *ff. de pactis*, ad quam de novo ineundam invitus nemo compellitur, nec dupli nec quadrupli facta oblatione, *l. invitum* 11. *C. de contrah. emt.* Pretii certe numeratio supponitur, quia non potest *offerri pretium duplum*, nisi ab eo, qui id jam recepit. Supponitur & traditio, quia, si venditor necdum tradidisset, supervacua ipsi foret petitio rescissionis; cum & retinere rem sibi potuisset, & alteri vendere ac tradere dominiumque in secundum emtorem transferre, non aliam subiturus perfidiæ pœnam, quam ejus quod interest præstationem, ut ante dictum, *l. qui tibi* 6. *C. de hered. vel act. vend.* Sed &, si vel maxime daretur, in *d. l.* 7. *C. de re rescind. vendit.* agi de venditione tali, ad quam necdum rei traditio neque numeratio pretii secuta fuit, non tamen argumentum, inde a dupli pretii oblatione petitum, ulla stringeret ratione; cum tempore Diocletiani & Maximiani, auctorum d. legis sextæ, nondum præstatio ejus, quod interest, ad duplum coarctata fuerit, sed omnino duplum excedere potuerit; dum a Justiniano demum inductum fuit, ne id quod interest, in casibus certis duplum egrediatur, per *d. l. unic. C. de sent. quæ pro eo quod interest.* Minus movet, quod ea ratione fieri possit, venditorem ex sua perfidia lucrum sentire, emtorem vero hærere in damno, si forte res aureis centum emtori primo distracta deinceps trecentis aut pluris vendi potest, quo tamen casu emtor a venditore non ultra duplum, adeoque non ultra ducentos aureos nomine ejus quod interest consequeretur, *l. unic. C. de sent. quæ pro eo quod interest.* Etenim, aut tempore venditionis res aureis centum emta valebat trecentis atque tunc venditor non tam præstabit emtori id quod interest, quam potius ipse desiderabit suppleri pretium vel rem restitui, quia læsio ultra dimidium est, *l.* 2. *C. de rescind. vend.* aut ex adverso, cum tempore contractus non pluris valuisset res vendita, quam quanti distracta erat; aucto postea pretio cœpit trecentis valere, ac eo casu totum, quanti emtoris interest, atque adeo etiam triplicatum pretium emtione expressum, venditor præstare compellendus foret; quia illud interesse fluit ex incerta causa, incremento scilicet incerto æstimationis temporis futuri post venditionem, dum præsentia quidem rerum pretia certa sunt, futura non item; in casibus vero incertis condemnatio in id quod interest intra dupli quantitatem coarctata non est, *d. l.* 2. *C. de sent. quæ pro eo quod interest.* Leve insuper est, quod ajunt, parem emtoris ac venditoris obligationem esse; emtorem præcise cogi ut pretium solvat, venditorem ergo compellendum vicissim ut rem præcise tradat emtori. Diversitatis namque ratio in eo est, quod re non tradita in locum ejus subintrare possit præstatio ejus quod interest, & rei ipsius vice fungi; at pretii seu pecuniæ numeratæ vicem supplere nequeat id quod interest, cum omnia æstimet pecunia, a nullo æstimetur, nec, uti æstimatio rerum, quæ mercis numero habentur, in pecunia numerata fieri potest, ita pecunia quoque merce æstimanda sit, *l. si ita fidejussorem* 42. *ff. de fidejussor.* Non obstat denique, quod a Paulo scriptum est, *eum qui alienam rem vendiderit, & medio tempore heres domino rei extiterit, cogendum implere venditionem*, *l. si quis alienum* 46. *ff. h. t.* quæ coactio ad implementum excludere videtur liberationem per præstationem ejus quod interest, quippe ad quam ejus quod interest solutionem venditor etiam ante impetratum successionis jure dominium devinctus erat, *l. servus, quem* 30. §. 1. *ff. h. t.* Respondendum enim, obligationem quidem ad tradendum, quæ & ante acquisitum dominium nata erat ex venditione, firmari magis per supervenientem proprietatis acquisitionem; adeo ut, cum antea tradendo non dominium, sed tantum pos-

sessionem, in accipientem fuisset translaturus, nunc emtorem ex traditione dominum efficiat, *l. ex emto* 11. §. *& in primis* 2. *ff. h. t.* sed id non impedire, quominus & post acquisitum dominium præstatione ejus quod interest liberetur, maxime si consideres, etiam ante dominium quæsitum venditorem ex ipso venditionis contractu obstrictum fuisse ad implendam venditionem, *d. l.* 11. §. 2. *ff. h. t.* Nostros vero mores quod attinet, scriptum quidem a pluribus invenio, venditorem habentem rei tradendæ facultatem compelli posse, ut tradat, nec liberari præstando id quod interest. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 30. Groenewegen ad *l.* 4. *C. h. t.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 10. *num.* 10. atque ita emtori electionem a Grotio tribui, utrum post moram in tradendo velit acceptare a venditore quanti sua interest, an etiamnum mordicus urgere traditionis necessitatem, *Manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 26. 27. 28. Neque hæc dubium habebunt, si judicibus nostratibus id vindicetur, quod ex officio suo veris dominis rem auferre & in alium transferre possint, uti hanc ipsis potestatem defendit Neostadius *d. decis. supr. Cur.* 30. Cæterum si extremum illud, abductionem nempe aut inductionem in possessionem per manum militarem non ita facile nec promiscue adhibendam judices censuerint, alterumque propositum a Neostadio cogendi modum amplecti malint, civile nempe venditoris custodiam (*Gyseilinge*) magis est, ut tunc adhuc Romani juris definitionem servari dicamus, in quantum tunc non aliud in reis ad tradendum compellendis adhibetur remedium, quam quod ad impetrandum implementum obligationis ad alia qualiacunque sive nuda sive non nuda facta tendentis comparatum est; atque adeo adhuc verum erit, liberari venditorem præstando id quod interest, sicut evenit in omnibus facti obligationibus: quod & Neostadius haud diffitetur, dum scribit, si venditor tædium carceris pervicacia evincat, & tradere nolit, tum demum emtori facti præstationem per judicem æstimare licebit, pretiumque pignoribus captis exsequi, venditore nihilominus carcere detento, dum pretium ex pignorum captorum distractione confectum, resque judicata soluta fuerit, *decis.* 30. *in fine*.

15. Non tamen præstanda emtori per venditorem ea, quæ tantum commendandi gratia, non ut præstaret, de rei bonitate dixit, nisi dolus concurrat, *l. sciendum* 19. *ff. de ædil. edict. l. quod venditor* 37. *ff. de dolo*, *l. Julianus* 13. §. *si venditor* 4. *ff. h. t.* aut nisi temere asseveraverit bonæ frugi & fidum esse servum, quem vendidit, cum fur esset; eo quod, uti is, qui scit, præmonere debuit, furem esse, sic, qui id ignorat, non debet facilis esse ad temerariam indicationem, *l. Julianus* 13. §. *quid tamen* 4. *ff. h. t.* Sed de his latius *t. de ædil. edict.*

16. Venditi actio, quæ itidem personalis & bonæ fidei est, venditori datur; sive rei venditæ dominus sit, sive, cum dominus non esset, vacuam tamen tradiderit rei possessionem, arg. *l. ex emto* 11. §. *& in primis* 2. *in fine ff. h. t.* Neostadius *Curiæ supr. decis.* 125. & utiliter etiam ei, pro qua procurator ex mandato rem vendidit, arg. *l. Julianus* 13. §. *si procurator* 15. *ff. h. t.* Si judicis decreto per executores rei judicatæ res venditæ sint, executoribus ipsis velut venditoribus, non item creditoribus, in quorum utilitatem cedet pretium, actio hæc danda est, arg. *l. a D. Pio* 15. §. *sed si emtor* 7. *ff. de re judicat.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *concil.* 229. *pag.* 656. Instituitur autem adversus emtorem, & utiliter etiam contra eum, qui emi mandavit, maxime, si cum constaret de mandato, nomen ejus, tanquam emtoris, insertum sit instrumento emtionis, ac merces mandati traditæ sint, arg. *d. t.* 13. §. 25. *ff. h. t.* etiamsi tunc mandans procuratori pretium numerasset, venditori pro re vendita pendendum; nec hic persolverit, Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 248.

17. Quod si quis rem ea emerit lege, ut pretium solvat, *quando voluerit*, aut *postquam fuerit Romam profectus*, ipse quidem vivus conveniri nequit ut pretium præstet, aut Romam eat, quo nascatur exactio pretii, sed magis post obitum ejus adversus heredes demum ad implementum contractus agendi potestas est, quasi extincto jam illo volendi arbitrio, ex quo non ipse contractus suspensus erat, sed tantum implementum contractus pure celebrati, arg. *l. locatio* 4. *ff. locati.* Nec adversatur, *l. centesimis* 46. §. *pen. & ult. ff. de verb. obl.* in qua Paulus ait, inutilem esse verborum obligationem, qua quis promittit centum, *si voluerit*, vel *cum voluerit* quidem ipse vivus non constituerit se velle obligatum esse; unde sequi videbatur, nostro quoque casu inutilem emtionem esse, si emtor ipse vivus Romam eundo non declaraverit, se velle debere. Etenim longe aliud est, totam venditionem, stipulationem, aliamve similem conventionem dependere ab arbitrio ejus, qui futurus est debitor; quo casu, uti stipulatio secundum *d. l.* 46. §. *pen. & ult.* inutilis est, ita quoque emtio imperfecta censetur, *l. quod sæpe* 35. §. *illud* 1. *ff. de contrah. emt.* aliud vero, emtionem pure contrahi, sed implementum ejus differri in tempus arbitrio emtoris ac voluntate definiendum, quod est in nostra facti specie; in qua tantum obligationis ad pretium solvendum, illico cum ipso contractu natæ, executio suspensa fuit a voluntate emtoris; cujus proinde voluntas morte cessans, etiam non ultra suspendere potuit implementum a sola emtoris voluntate dilationem habens, *d. l.* 4. *ff. locati*, Sande *dec. Fris. lib.* 3. *t.* 9. *def.* 2.

18. Tendit hæc actio ad id, ut emtor pretium solvat, nummosque ita solutos accipientis faciat jure dominii, licet res aliena fuisset vendita, arg. *l. ex emto* 11. §. *& in primis* 2. *ff. h. t.* impensas restituat a venditore post venditionem in rem emtam factas, adeo ut & in funus servi venditi, sed ante traditionem extincti, erogata reddenda sint, *l. Julianus* 13. §. *præterea* 22. *ff. h. t. l. pen. C. h. t.* arg. *l.* 1. §. *licet autem* 3. *ff. de peric. & comm. rei vend.* atque etiam sumtus in cibariæ servi aut animalis venditi, si per emtorem steterit, quo minus ei traderetur, *l. si venditor* 38. §. *si per emtorem* 1. *ff. h. t.* Præstet insuper ea omnia, quæ vel ex speciali pacto apposito, vel ex natura emtionis præstanda sunt, præcipue usuras ex mora; cum æquum videatur, ut, dum re fruitur emtor, usuræ venditori cedant, *l. curabit* 5. *C. h. t. l. Julianus* 13. §. *veniunt* 20. 21. *ff. h. t.* quod & nostris moribus, quibus alioquin difficilius ex mora extrajudiciali usuræ debentur, (*ut dicetur t. de usuris*) in prædiorum rusticorum & urbanorum venditione probatum est, ex quo illa fuerint emtori tradita, vel pensionis cujusque dies cessit, ubi annua bima trima die solutio pretii ex pacto fieri debet, arg. *l. le-*

cta 40. in med. ff. de reb. creditis, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib. 3. cap. 15. n. 4.* 5. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 53. *in fine.* Appendix decisionum *post resp. Jurisc. Holl. part. 3. vol.* 1. *pag.* 41. *in pr.* nisi nominatim id actum sit, ut pensionum etiam illarum, quarum dies post demum cessurus est, usuræ pendantur, arg. *l. si legatum* 3. §. *ult. ff. de annuis legatis*. Neque ab hac usurarum obligatione emtorem liberabit, quod forte venditor spe futuræ numerationis apocham dederit, vel etiam graphiarius per quandam gratificationem confessus apocha fuerit, nummos ex re, præsente pecunia per auctionem publicam vendita, apud eum deponendos solutos esse, cum vere solutio non intercessisset, arg. *t. C. plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*, maxime si consideres, neque graphiarios ista præditos esse gratificandi potestate, sed nudos pecuniarum consignatarum custodes censeri; neque emtori impunitam esse oportere fraudem legi venditionis factam, Ant. Mat. *de auction. libr.* 1. *cap.* 13. *n.* 5. Neque quicquam facit in contrarium, quod apochis publicis non numeratæ pecuniæ exceptio opponi nequeat, uti nec confessionibus depositarum pecuniarum, *l. in contractibus* 14. §. 1. *C. de non numer. pecun.* cum id inter ipsos quidem illos, inter quos apochæ tales fabricatæ sunt, obtineat; aliis vero, quorum interest nihil clandestinis & domesticis simulari fraudibus, machinationes tales non debeant obesse, arg. *tot. t. ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.*

19. Non etiam usurarum præstationi sese emtor jure subduxerit ex eo, quod ob imminentem rei venditæ ac traditæ evictionem denegaverit pretii solutionem, aut venditor noluerit illud legitimo modo oblatum acceptare; cum his in casibus oportuisset illud consignatum deponere; eo quod usuræ pretii rerum venditarum non tam ex sola consideratione moræ ex persona per interpellationem introductæ, quam potius propter conventionem aut moram ex re debentur, nostris præsertim moribus: ne scilicet emtor simul lucretur usuras pretii & fructus rei, *d. l. curabit* 5. *C. h. t. d. l.* 13. §. 20. 21. *ff. h. t.* qualium usurarum cursus sola oblatione non sistitur, sed depositione opus est, *l. acceptam* 19. *C. de usuris*, arg. *l.* 1. §. *ult. l. debitor usurarius* 7. *de usuris*, ac proinde, licet venditori, fidejussores idoneos pro evictione tunc non danti, pretium emtor solvere non cogatur, *l. pen.* §. 1. *ff. de peric. & commodo rei vendite*, tamen nec in suos usus retinere potest, sed consignatum deponendum est, arg. *l. evictis agris* 18. §. 1. *ff. de usuris*. Joh. a Sande *decis. Frisic. lib.* 4. *tit.* 14. *defin.* 8. & multi alii ibidem citati, Fachineus *controvers. lib.* 2. *cap.* 32. *quæst.* 2. Carpzovius *definit. forens. part.* 2. *constit.* 34. *defin.* 38. Berlichius *part.* 2. *conclus. pract.* 38. *n.* 15.

20. Non tamen hac actione consequitur venditor præter usuras omne omnino, quod mora non facta consequi potuisset, veluti si negotiator sit, & pretio soluto ex mercibus plus, quam ex usuris, fuisset lucraturus, *l. ult. ff. de peric. & commod. rei vend.* Nam nec emtor ob moram in tradendo factam jure petierit lucri istius æstimationem, quod negotiando quærere potuisset, impleta suo tempore rei venditæ traditione, *l. si sterilis* 21. §. *cum per venditorem* 3. *ff. h. t.* Nec obstat *l. arbitraria* 2. §. *ult. ff. de eo quod certo loco*, cum id singulare sit in trajectitia pecunia, quæ negotiationis gratia certo loco numeranda erat.

21. Similiter ob pretium non solutum non recte venditor contendit ad emtionis dissolutionem, reique jam per traditionem translatæ restitutionem; sed magis ad implementum ejus experiundum est, *l. incivile* 12. *C. de rei vindicat.* nisi ab initio id nominatim convenerit, ut ab emtione ob moram in ea implenda factam recedere liceat, *l. venditi actio* 6. *C. h. t.* Ac de eo casu, quo id nominatim actum fuit, accipi poterit rescriptum Imperatorum in *l. cum te fundum* 6. *C. de pactis inter emt. & vend.* si illico pro *conveniat* legatur *convenit*, cum Cl. D. Noodt *probabil. lib.* 4. *cap.* 2. Quamvis & dici non inepte possit, retenta lectione *d. legem* intelligi posse de contractu innominato, & nata ea occasione condictione causa data causa non secuta. Exiguo scilicet pretio *Rimulus* (ad quem dirigitur rescriptum) fundum in Titium transtulerat, certæ rei contemplatione inter eos habita, adeoque ut aliquid vicissim a Titio fieret aut præstaretur præter pretium illud vilius emtione expressum; cum autem Titius contractum hunc innominatim ex suo latere haud impleret, ajunt Impp. eam rem *Rimulo* fraudi non fore, *quando non impleta promissi fide dominii* translati *jus in suam causam reverti conveniat*, id est, cum conveniat, seu æquum sit, non impleta promissi fide, adeoque non secuta causa, ob quam res viliori pretio distracta & sic data erat, jus dominii in suam causam reverti, ad Rimulum redire, intentata nempe conditione causa data causa non secuta adversus Titium, promissa non implentem, quam condictionem non ex vero, sed quasi ex contractu nasci, dictum fuit, *tit. de condict. causa data.* Atque ita facti species in *hac lege sexta* comprehensa coincidit fere cum ea, quæ est in *l. tenetur* 6. §. *si vendidi* 1. *ff. h. t.* ubi Pomponius ait, *si vendidi tibi insulam certa pecunia, & ut aliam insulam meam reficeres, agam ex vendito ut reficias*. Nec est, quod regeras, eo ipso, quo Pomponius in *hac* lege actionem ex emto dat ad insulæ refectionem, necessario sequi, negotium hoc non ad contractus innominatos, sed ad emtionem debere referri, adeoque inepte *legem* 6. *C. de pact. inter emt. & vend.* ita accipi, quasi non emtio sed innominatus contractus in eo proponeretur. Etenim, quod in quæstione, utrum emtio an permutatio sit, si ex uno latere res, ex altero latere res simul & pecunia detur, responderi solet, videndum scilicet esse in dubio, utrum plus in re sit quam in pecunia, an ex adverso plus in pecunia quam in re pecuniæ addita, ut isto quidem in casu permutatio, in hoc vero emtio dici debeat; id huc quoque transferendum est. Scilicet, si in conventione, ut ex uno latere res præstetur, ex altero pecunia & simul factum aliquod, plus sit in æstimatione facti, quod pecuniæ dandæ junctum erat, quam ex ipsa pecunia, contractus innominatus erit, a potiori imposita denominatione, uti innominatus esset contractus, ubi tantum factum refectionis aut simile quid ex uno latere præstandum esset, secundum Pomponium & Neratium in *d. l.* 6. §. 1. *ff. h. tit. l. insulam hoc* 6. *ff. de præscrip. verbis*, ac de eo casu accipi oportere *legem* 6. *C. de pact. inter emt. & vend.* satis inde colligi potest, quod fundus proponitur non venditus, sed *exiguo pretio* in alium *translatus*, *certæ rei contemplatione inter eos*, qui contrahebant, *habita*; pre-

tium autem *exiguum* sine dubio censeri debet minus dimidiato, arg. *l.* 2. *C. de rescind. vend.* cum ergo ea ratione prædominaretur facti præstandi æstimatio, majorque esset exiguo illo pretio, quod intercesserat, non alius videri poterat contractus quam innominatus do ut facias. Contra, si plus sit in pecunia numerata, quam facti implendi ac pecuniæ adjuncti æstimatione, atque ita pecunia prædominetur, emtio magis quam contractus innominati species in tali conventione contineretur; ac de tali casu recte acceperis *d. l.* 6. §. 1. *ff. h. t.* ubi insula non simpliciter translata proponitur in alium, sed *vendita*, idque non exiguo aliquo pretio, sed simpliciter *certa pecunia*, cui certæ pecuniæ non factum adeo sumtuosum, sed tantum *refectio alterius insulæ*, addita fuit, qualis refectio plerumque ad modicas tantum impensas per fructuarium maritum in rebus dotalibus aliosque similes faciendas, nec finito usufructu aut matrimonio soluto reddendas, pertinet, arg. *l. usufructu* 7. §. *quoniam* 2. *ff. de usufructu & quemadm. quis utat. l. omnino* 12. *l. pen. ff. de impens. in rem dot. factis*, *l. fructus eos esse* 7. §. *ult. ff. soluto matrim.*

22. Quia vero nostris moribus frequens est, prædia pretio annua bima trima die solvendo vendi, & pensione prima soluta rem immobilem emtam coram lege loci ita solemni transferri traditione, ut in pretium residuum res ipso traditionis tempore obligetur, cujus generis instrumenta obligatoria dicuntur *custing brieven*, & nummi inde debiti, *custing penningen*. Grotius *manud. ad Jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *n.* 56. 57. hinc dubitari posset, an, si primus secundo prædium vendiderit pretio certis pensionibus solvendo, illudque pro pretio residuo particulatim statis temporibus pendendo obligatum coram lege loci solemniter tradiderit, secundus vero idem illud prædium rursus tertio distraxerit pretio itidem annua bima trima die numerando, cum jam pensionum primæ venditionis dies unus alterque venisset, neque tamen solutio secuta esset; an, inquam, primus venditor differre teneatur exactionem pensionum illarum, quarum dies jam venerat, donec venerint & dies pensionum illarum, in quas venditionis secundæ pretium divisum fuit? Sed cum res inter alios acta aliis non noceat, neque primus emtor alia lege rem in præjudicium venditoris tradere emtori secundo cum effectu potuerit, quam qua primus venditor eam voluit in primum emtorem translatam; consequens est, ut jure suo venditor primus recte præsertim petat solutionem illius partis pretii, cujus dies jam venit; aut alioquin prædium, tanquam jure pignoris sibi obnoxium, solemni subhastationis decreto vendi curet; nisi emtor secundus intercedat, oblata pensionum, quæ peti possunt, parata solutione, interusurium medii temporis, quo tardius ipse solvere potuisset, vicissim venditori secundo propter repræsentationem in pretii solvendi partem imputaturus.

23. In quæstione, uter prior contractum implere debeat, emtor an venditor; respondendum videtur, eum qui agit, sive emtor sit sive venditor, prius ex suo latere implere debere ac præstare omnia, ad quæ præstanda ex illo contractu obstrictus est, ne alioquin per reum conventum exceptione contractus ex latere actoris necdum adimpleri repellatur, *l. Julianum* 13. §. *offerri* 8. *l. qui pendentem* 25. *ff. h. t. l. ædiles etiam* 25. §. *ult. l. si servus* 57. *ff. de ædilit. edict. l. ex his prædiis* 5. *in fine C. de eviction. l. fistulas* 78. §. *pen. ff. de contr. emt.* Zangerus *de exception. part.* 3. *cap.* 22. *num.* 6. 7. Gratianus *discept. forens. cap.* 525. *in pr.* Andr. Gayl *lib.* 2. *observat.* 17. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 122. Groenewegen *ad Grotii manud. jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 9. *& alii ibi cit.* Ut tamen exceptio contractus ex parte actoris non impleti non per reum excipientem probanda sit, sed magis per actorem ipsum, ex contractu velut impleto agentem, implementum probari debeat; nam etsi regulariter verum sit, reum in exceptione actorem fieri, & gravari onere monstrandi exceptionis veritatem, *l.* 1. *ff. de exception. l. si quidem* 9. *C. de excep.* non tamen id hic locum habet, tum quia totum actoris fundamentum in contractu ex sua parte impleto consistit, ut proinde implementum illud ab adversario negatum docere teneatur; æque ac probare teneretur contractum intervenisse, si & illud reus inficias iret, (de qua emtionis probatione vide Mascardum *conclus.* 1409.) tum quia reus in exceptione simplicem allegat facti negationem, cujus naturali ratione probatio nulla est, *l. actor* 23. *C. de probation. l. asseveratio* 10. *in fine C. de non numerata pecun.* Mascardus *de probation. conclus.* 892. Zangerus *d. part.* 3. *cap.* 22. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 10. *def.* 18. Plane, in quacunque judicii parte objecta fuerit actori exceptio contractus non impleti, liberum actori est implementum quantocius offerre, atque ita efficacem reddere suam, quæ laborare ab initio videbatur, petitionem, arg. *l. si rem alienam* 9. §. *ult. ff. de pignorat. act.* Gratianus *discept. for. cap.* 325. *num.* 10. Menochius *de arbitrar. jud. libr.* 1. *quæst.* 16. *n.* 6. Tiraquellus *de retract. gentil.* §. 1. *gloss.* 18. *num.* 13. Quod si neuter contrahentium alteri fidat, non aliud superest, quam ut & rei mobilis venditæ & pretii promissi sequestratio fiat, atque ita sequester venditori pretium, emtori rem præstet, *l. si soluturus* 39. *in fine ff. de solution.* vel uterque idoneam interponat de implendo contractu cautionem, arg. *l. videamus* 26. *ff. de ædil. edict.* Groenewegen *ad Grotii manud. jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 15. *num.* 8. *in fine.*

TITULUS II.

Locati conducti.

SUMMARIA.

1. *Quid sit locatio, proxima emtioni? Quid distet a promissione de facienda locatione? An locatio in longum tempus sit alienatio? an sit inutilis qua in longum tempus facta est, si non solemniter coram lege loci, ubi res immobilis locata jacet, facta sit, per distinctionem ex moribus explicatur. An prohibitus alienare in longum tempus locare possit?*
2. *An ad locationem prædiorum urbanorum & rusticorum scriptura opus sit in Hollandia & Ultrajecti?*
3. *Quæ res locationem recipiant, quæ non? An res aliena locari possit? An & quando per locationem dominium transeat?*
4. *An fructuarius, habitationem aut usum habens, aut antichresin, possit res illas elocare etiam ipsis dominis rerum?*
5. *Conductor quando ipse rursus elocare rem possit, quando non?*

6. *De locatione operarum? quæ locari possint? eligit quisque, cujus opera uti velit. Fallit id in molitoribus & molendinis privilegiatis* (dwang-Molens). *Nec præfecti navium bellicarum merces jure transvehunt.*
7. *Merces in locatione quibus veniat appellationibus? certa debet esse. Sæpe, licet conventione non definiatur, usu tamen certa est.*
8. *Merces in pecunia numerata consistere debet; aliquando in parte fructuum. Quis sit* colonus partiarius, *& an is petere possit remissionem mercedis ob sterilitatem?*
9. *Locationes fiunt vel privatim vel auctione publica; auctione publica res fisci, Principis, civitatum, pagorum. De locatione,* quamdiu locator voluerit; *deque ea, quæ per curatores fit ad tempus,* quo pupilli majorennes erunt. *An ea expiret per veniam ætatis, aut per nuptias? De locatione tacita. An pro ea obligati maneant fidejussores & pignora primæ conductionis? An & repetita tacite censeatur clausula consensus in condemnationem, ac pœnæ stipulatio?*
10. *In quantum tempus tacite repetita censeatur conductio, maxime in prædiis rusticis & urbanis?*
11. *Apud nos nunc non ultra probatæ sunt tacitæ locationum continuationes in prædiis rusticis & urbanis. Non etiam tacita continuatio est, si locator furere cœperit vel moriatur, & finito locationis tempore nullus ei heres existat.*
12. *Qui plura scripserint de tacita conductione?*
13. *Finito locationis tempore, an primus conductor tantum offerens quantum novus, potior sit invito locatore? An non, si sit conductor prædii fiscalis? An fructuario elocante proprietarius extraneo conductori præferendus sit, si tantundem offerat?*
14. *Quid sit actio conducti? contra quos detur? Ad quid tendat? ubi de instrumentis ædium aut fundi locati; de reparatione; de patientia tollendi ea, quæ conductor suo sumtu fecit, & efferendi invecta illata, finita conductione. An & reparandum sit conductori damnum, quod ex vitio rei locatæ passus est?*
15. *Si quis separatim duabus eandem rem locaverit, vel suas operas, qui potior sit?*
16. *Recensentur casus, quibus conductor ante tempus expelli potest, nec tamen consequitur id quod interest: ubi de eo, qui re locata indiget ad proprios usus; de necessaria rei locatæ reparatione; de abusu conductoris; de mora solvendæ pensionis; de morte fructuarii & præbendarii, & fiduciarii, qui agros elocaverunt, & quo usque per pensionis perceptionem propietarius fideicommissarius aut successor præbendæ censeantur confirmasse præcedentem conductionem? denique de agro, qui per hostes captus, ab iis elocatus est, si ante finem locationis iterum expellantur.*
17. *Recensentur casus, quibus expulsus ante tempus consequitur id quod interest; sub quo & continetur, quanto pluris conductor primus secundo locavit. Ubi de eo, qui sciens vel ignorans locavit rem alienam; de fructuario, qui rem fructuariam locavit ut propriam; de fundo dotali per maritum locato, & an uxor soluto matrimonio stare teneatur tali locationi; & an pupilli locationi per tutores factæ? An legatarius proprietatis aut ususfructus, aut emtor, locationi per defunctum aut venditorem factæ? & quid nostris moribus in hisce obtineat?*
18. *Posita licentia expellendi conductorem ante tempus non privata, sed publica auctoritate id fieri debet; debet & præcedere denunciatio tempestiva, ut conductor sibi aliunde prospiciat in proximum migrationis tempus. Non impeditur expulsionis licentia ex eo, quod conductori ipsum prædium conductum in securitatem conductionis obligatum sit. Nec ob quemvis abusum, sed tantum ob graviorem, arbitrio judicis, conductor expelli potest.*
19. *Posito statuto, quod successor particularis stare tenetur locationi, etiam futuri temporis pensio ei solvenda est, licet conductor eam in antecessum jam solvisset locatori?*
20. *An literati ad migrandum cogere possint vicinos cum strepitu majorem artificia exercentem?*
21. *Quid sit actio locati? Quibus detur & contra quos? Si plures conduxerint, an singuli in solidum teneantur? An locatori primo actio detur contra secundum conductorem, saltem tunc, cum conductor secundus aliquoties primo solvit locatori? An conductor secundus solvens primo locatori liberetur?*
22. *Petitur hac actione merces integri temporis, licet conductor ante tempus migraverit, non habens migrandi causam. An cedat in conductoris ante tempus migrantis exonerationem merces illa, quam tertius pro reliqui temporis usu solvit; an magis cedat lucro locatoris.*
23. *Si conductor migret ex justa causa, non solidam totius temporis, sed tantum pro rata, mercedem solvit. Recensentur justæ migrandi causæ; ubi de alienatione per locatorem facta; non præstito commodo usu rei; incursu hostium aut latronum; justo metu ex ruina, peste violentiore, spectris. Non est justa causa, si conductor jure dominii commodum suis usibus prædium acquisiverit.*
24. *An, & quando ob insolitam sterilitatem remissio mercedis facienda sit, vel non, prolixe traditur; an ob insolitam ubertatem merces augenda sit?*
25. *Quæ sit insolita sterilitas, arbitrio judicis definiendum. Sterilitas æstimanda consideratis omnibus totius agri fructibus, non partium singularum, dum quædam in vineis, quædam in arvis sunt. Quid juris, si paucissimi fructus nati maximo pretio venditi sint? Quid si fructus uberrimi pretio vilissimo? An uno vicinorum remittente, etiam reliqui remittere debeant?*
26. *Recensentur aliæ causæ, ob quas remittenda merces; ubi de eo, qui sine causa expulsus est ante tempus; vel cum ab initio usum non præstitisset, postea offert; vel longe majorem dixit agri locati quantitatem.*
27. *Si operæ conductæ non sint, an nihilominus merces debeatur, explicatur per distinctiones; ubi & de nauta, qui vel suo vel mercatoris facto vel casu impeditus est merces transvehere, ex jure Romano ac moribus.*
28. *Si quis bona fide solverit, mercedem hostibus ea regione potitis, iterato solvere non tenetur, si antea non fuerit in mora notabili.*
29. *Qualem culpam præstet conductor in re conducta, & quibus præcipue appareat culpa conductoris?*

Ubi de forma rei conductæ per conductorem mutata, de cisiario cisium evertente, nauta fervente tempestate navigationem incipiente, vadorum peritos non recipiente; fullone vestes permutante, aut patiente eas a muribus rodi; etiam de facto tertii per conductorem præstando.

30. *Quando de culpa levissima conductor teneatur; ubi de artificibus gemmas includentibus, columnas transportantibus?*

31. *An, & quando conductor de casu teneatur? si artifex in rem alienam impenderit operam, & illa casu pereat, domino materia, artifici opera pretium perit.*

32. *Finito tempore locationis res locatori reddenda. Quo modo puniatur jure Romano ac moribus, qui restituere non vult? An conductor possit locatori repetenti abjicere exceptionem dominii? An tertius tanquam dominus intercedere possit, ne conductor restituat locatori? An retineri res conducta propter impensas a conductore in eam factas?*

33. *Quid sit locatio operis? An eo includat conductionem operarum? & quid distet a locatione operarum & usus?*

34. *Locatur opus vel aversione, vel in pedes mensurasve, vel in dies singulos constituta mercede. An redemptor operis possit alteri demandare operis implementum? & an ipse ex substituti facto teneatur?*

35. *De probatione & improbatione operis. Quis sit effectus, si probatio operis arbitrio locatoris permissa sit? Quid si redemptor a præscripto recesserit ex voluntate locatoris? Explicatur, an, & quo usque committi possit arbitrio debitoris, an debeat, vel arbitrio creditoris, an sibi velit deberi.*

36. *De probatione operis per tertium facienda, an is tempus operis faciendi prorogare possit? Quid juris, si inique, aut dolose, arbitrium interposuerit, aut interveniente dolo ipsius redemtoris? Si tertius nolit vel non possit arbitrari, non est nulla locatio operis, sed judex tunc arbitratur.*

37. *De periculo operis, an illud ad locatorem, an ad redemtorem pertineat, per distinctiones explicatur. An post operis probationem periculum pertinet etiam ad locatorem probantem, si operis vitio opus collabatur? De operis necdum probati vitio quamdiu locator queri possit? Si plures sint redemtores ejusdem operis, an singuli in solidum conveniri possint, si opus non perfectum aut vitio suo collapsum sit?*

38. *Intra quod tempus opus redemtum absolvi debeat? An agi possit ad id quod interest, vel opus alteri relocari possit ante lapsum temporis, quo perfici debuit?*

39. *Quo in loco opus faciendum sit? si alibi fiat, redemtor nihil agit. An valeat redemtio operis sine loci adjectione?*

40. *Quando operis redemtori solvenda sit merces, si de eo nihil pacto actum sit? An opere non perfecto, ut præscriptum erat, redemtori opus relinqui possit, an magis solvenda sit merces pro rata diminuta? An operis retentio pro mercede promissa sit?*

41. *De contractu inter magistrum navis & exercitores, magistrum & socios nauticos; dominos mercium & magistrum; magistrum navis piscatoriæ & socios nauticos piscationi operam navatures remissive.*

1. PRoxima emtioni & venditioni in plurimis, ac iisdem prope juris regulis consistens, est locatio conductio, distincta a promissione de re elocanda: & a pactione de re non alteri quam Titio locanda; de quibus confer scripta *tit. de contrah. emt. num.* 2. cum locatio conductio sit ipse contractus, bonæ fidei, consensu constans, de usu vel opera cum mercede commutanda. Nam uti emtio & venditio contrahitur, si de pretio convenerit, ita & locatio conductio contrahi intelligitur, si de mercede convenerit, *l.* 1. 2. *ff. h. t. pr. Instit. h. t.* adeo ut neque scriptura opus sit, neque alia solemnitas desideretur, si modo contractus probationem habeat, *tit. Instit. de oblig. ex consensu.* Et quamvis in longum tempus, puta in decem aut plures annos, locatio contrahatur, non tamen ideo necesse videtur, ut secundum mores nostros coram lege loci perficiatur, quasi inde conductori jus aliquando in re nasceretur, quale jus in re non posse aliter quam coram lege loci immobilibus imponi, dicetur *tit. de acquir. rer. domin.* Etenim, cum inter omnes constet, ex modici temporis elocatione circa res immobiles celebrata nullum conductori acquiri jus in re, aut saltem non tale, ad cujus nativitatem solennitas illa coram lege loci trahendi rem locatam requireretur; magis est, ut nec ex temporis longioris adjectione ullum conductori quæratur jus in re, ne ex accidenti aliquo temporis, quod ne obligationem quidem inducere aut perimere potest, negotium classi jurium ad rem subductum, in numerum jurium in re transferatur. Neque dubitandum videtur, quin, locatione in decennium, vicennium, longiusve tempus contracta locator ac heredes ejus personali actione conducti compellendi sint ad usum conductori relinquendum integro longo aut longissimo tempore in contractu definito; & vice versa per locati actionem conductor heredesque ejus, ut maneat in conductione ac mercedes solvat temporis, utcunque longissimi, locatione comprehensi, arg. *l viam veritatis* 10. *C. h. t. l.* 24. §. 3. *C. de sacrosanct. Eccles. novell.* 120. *cap. locationes* 3. In quantum tamen & Hollandiæ moribus, & novella decisione Ordinum Ultrajectinorum anni 1659. art. 19. invaluit, emtores aliosque successores stare debere locationi per venditorem factæ, contendi forte non improbabiliter possit, eo modo locationes in longum tempus non multum distare ab alienationibus aliis non nisi coram lege loci perficiendis, ad id, ut conductor ultra decem annos usum rei conductæ sibi posset arrogare invito eo, qui particulari titulo elocati prædii dominium nactus est; ne alioquin via malignis pandatur fraudatoribus in necem creditorum clam elocandi in tempora longissima res suas immobiles, ob onus diuturnæ talis locationis procul dubio vili pretio in publicis auctionibus deinceps distrahendas. Quo distinctionis temperamento, quod nempe privatim facta locatio ultra decennium firmitatem habeat inter contrahentes ipsos & heredes eorum, at non in præjudicium tertii successoris particularis aut creditorum, qui ea possent videri locatione in longum fraudati, dissidentium inter se DD. conciliatio tentari forte possit. Eoque facit, quod a Neostadio *Curiæ supr. decis.* 70. Ant. Matthæo *paræm. Belg. jurisc. paræmia* 5. *num.* 13. a-

ibique observatum, in ipsis venditionibus solennem immobilium coram lege loci potissimum requiri, ne tertius lædatur, secundum ipsum proœmium Carolinæ constitutionis, solennem istam traditionem præcipientis; ceterum emtoris & venditoris intuitu privatam venditionem simplicemque traditionem ita operari, ut venditor contra suum factum venire nequeat, aut rem emtori avocare, sed potius exceptione venditæ repellendus sit. Confer de hac in tempus longum locatione Groenewegen ad *l.* 9. *C. h. t.* & *ad Grotii manud. jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 19. *num.* 21. Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 22. *num.* 5. Abr. a Wesel *ad novellas constit. Ultrajectin. art.* 19. *num.* 13. 14. 15. ibique DD. cit. Nec dubitem, quin ex iisdem principiis jam propositis decidenda sit quæstio, utrum alienare rem prohibitus eandem possit in tempus longum locare, de qua Tiraquellus *de retract. gentil.* §. 1. *gloss.* 14. *num.* 81. & *seqq.* Sande *de prohib. alienatione part.* 1. *cap.* 1. *num.* 45. 46. 47.

2. Sed & ad locationes prædiorum tum urbanorum tum rusticorum secundum mores Hollandiæ & ditionis Ultrajectinæ nunc scripturam requiri, verius est: Statut. Ultraject. *rubr.* 7. *art. ult.* Politica Ordin. Hollandiæ *anni* 158. *art.* 31. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 337. Et quamvis de urbanis prolixa ante hac inter Hollandiæ Jurisconsultos disputatio fuerit, aliis hic quoque scripturam ratione non improbabili desiderantibus. Resp. Juriscons. Holl. *part.* 1. *consil.* 262. aliis instrumentorum necessitatem negantibus, & juris Romani dispositioni locum tribuentibus. Groenewegen ad *l.* 24. *C. h. t.* omnem tamen dubitandi rationem sustulit deinceps edictum Ordinum Hollandiæ promulgatum 3. *Aprilis* 1677. *vol.* 4. *placit. pag.* 1037. quo cautum, ne sine scriptura ac charta sigillata prædiorum aut rerum quarumcumque immobilium locatio fiat; denegata locatori actione ad mercedem, legalique in invectis ac illatis hypotheca aut retentione; conductori vero ademta omni usus persecutione; etiamsi utrimque locatio ac conductio in confesso esset, præter mulctam pecuniariam secus facientibus irrogandam.

3. Elocari possunt res omnes, quæ sunt in commercio, sive corporales, sive incorporales, si modo id caveretur jure Romano, ne prædia rustica a militibus aut curialibus conducantur colenda, *l. si ignorans* 50. *ff. h. t. l. Curialis* 30. *l.* 31. *l. ult. C. h. t.* (quod tamen non servari notat Groenewegen *ad d. l.* 31.) neve elocentur ipsa personalium servitutum jura, aut separatim sine prædiis reales servitutes jam constitutæ, quippe a prædiis quorum qualitates sunt, seorsim non existentes, *l. locare* 44. *ff. h. t.* De cœtero non interest, utrum res sint locatoris propriæ, an alienæ, cum ea ordinaria locationis natura sit, quod non soleat dominium mutare, *l. non solet* 39. *ff. h. t.* licet negari non debeat, quin aliquando locationis occasione dominium transeat, non vi locationis, sed jure accessionis ex jure gentium, dum ædificata per redemtorem operis in alieno solo, soli domino acquirantur, & tamen locatio est, in quantum artifex elocat operam suam, id est, faciendi necessitatem, secundum facti speciem in *l. item si pretio* 22. §. *cum insulam* 2. *ff. h. t.* junct. *l. redemtores* 39. *ff. de rei vindicat.* Nec dubium, quin & anomala quædam locatio sit; qua id agitur, ut non idem in specie, sed ejusdem generis reddatur, veluti cum argentum pusillatum fabro datur, ut vasa fiant, aut aurum, ut annuli: adeo ut & in creditum tunc itum intelligatur, *l. in navum* 31. *ff. h. t.* ac ad hujus generis conductionem respexisse videtur Javolenus, cum inter ea, quibus dominium transfertur, ipsam quoque recenseret conductionem, *l. in omnibus* 55. *ff. de obligat. & act.*

4. Ex eo autem, quod res aliena locari potest, descendit, quod & fructuarius elocare possit res fructuarias, *l. arboribus* 12. §. *usufructuarius* 2. *l. non aliter* 38. *l.* 39. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* & habitator ædes quarum habitatio ei legata est, §. *pen. Instit. de usu & habit.* & usum ædium spatiosarum habens partem earum, *l. eatenum* 4. *ff. de usu & habit.* & creditor res sibi pignori obligatas cum pacto antichresios, *l. si pignus mihi* 37. *ff. de pignorat. act. l. creditori* 23. *ff. de pignor. & hypoth.* usque adeo, ut hi omnes non extraneis modo, sed & ipsis rerum dominis easdem recte locent, *d. l.* 37. *ff. de pignorat. act. l. res pignoris* 37. *ff. de acquir. vel amitt. possess. l. Pomponius* 29. *ff. quib. mod. ususfr. amitt.* Non obstante eo, quod rei suæ conductio nulla sit, *l. neque pignus* 45. *ff. de reg. juris*, licet quis errore lapsus rem propriam conduxisset, *l. qui rem* 20. *l. ad probationem* 23. *Cod. h. t.* adeo ut & ipso jure evanescat locatio, quamprium conductor rei conductæ dominium adeptus est, *l. si quis domum* 9. §. *ult. ff. h. t.* Etenim ita demum rei suæ conductio utilis est, si alius nullum in re nostra jus adeptus sit; cum utique eatenus alteri jus in re nostra constitutum est, illa a nobis alienata intelligatur, & ita non ut nostræ, sed ut alienæ conductio sit.

5. Ipsi quin etiam conductori licitum rem alteri rursus elocare, *l. nemo probibetur* 6. *C. h. t. l. solutum* 11. §. *solutum* 5. *ff. de pignorat. act. l. si tibi* 7. *l. si in lege* 24. §. *si colonus* 1. *ff. h. t.* idque vel in totum vel pro parte, *l. si vero plures* 5. §. 1. *fin. de his qui effud. vel dejec. l. qui insulam* 30. *ff. h. t.* nisi conductor secundum ejus conditionis sit, ut magis utendo nociturus si rebus conductionis quam primus, aut aliis usibus rem locatam destinaturus, arg. *l. si cujus rei* 13. §. *ult.* §. *de usufructu & quemad. quis utat.* Gomezius *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 3. *n.* 11. Christinæus *ad. leg. Mechlinienſ. tit.* 6. *art.* 10. *n.* 2. vel nisi conductor primus agri sit colonus partiarius, quippe qui fructus cum domino dividens quodam societatis jure, alium domino socium, quem is haud elegit, obtrudere non potest, arg. *l. si merces* 25. §. *vis major* 6. *in fine ff. h. t.* junct. *l. qui admittitur* 19. *l. actione* 65. §. *societas* 11. *ff. pro socio.* Neostadius *Curiæ supr. decis.* 31. aut nisi aliud nominatim convenerit, *d. l. nemo* 6. *C. h. t.* potest enim id pacto locationi adjecto agi, ut conductori non liceat alteri rursus elocare, adeo ut & lex commissoria recte apponatur, ut nempe res hoc ipso, quo per conductorem elocatur tertio, desinat locata esse, ac ad dominum ante finitum locationis tempus revertatur, vel etiam pœnæ stipulatio efficax concipiatur in casum, quo alteri locatio facta fuerit. Appendix *decis. post* Respons. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *p.* 47. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 200. Quin imo nostris moribus obtinuit, agros locatos non posse per conductorem sine domini locatoris voluntate sublocari, *edict. Caroli V. anno* 1515. *vol.* 1. *plac. Holl. pag.* 363. 364. quod firmatum *edicto politico Ord. Holl.* 1530. *art.* 30. *d. vol.* 1. *pag.* 337. Neo-

studius *Curiæ supr. decis.* 13. ac in actibus rursus sublocandis arbitrio domini relinquitur, an novum conductorem admittere velit, an quodam jure protimesios sibi rem eadem mercede retinere, excluso conductore. Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 8. *art.* 7. Leuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 22. *num.* 9. ubi & statuta plura recenset. Wassenaar *pract. judic. cap.* 7. *num.* 18.

6. Præter usum rerum elocantur & operæ, tam liberorum hominum quam servorum mercenariæ, non aliæ, *l. naturalis* 5. §. *at cum do* 2. *ff. de præscript. verbis*, non liberales advocatorum similiumque, quibus salaria, non mercedes, præstari solent, juxta *l.* 1. *& tot. tit. ff. de extraordin. cogit.* Et quamvis æquum plerumque habeatur, libero cujusque arbitrio relinqui, quorum operas conducere ac adhibere velit, dum inter artifices longa sæpe differentia est & ingenii, & doctrinæ, & instructionis, & fidei, diligentiæ, sedulitatis, similiumque, unde multum referre potest, cujus quisque opera atque ministerio utatur, *l. inter artifices* 31. *ff. de solut.* moribus tamen nostris quandoque illa eligendi libertas invenitur denegata; veluti in tritico molendinis conterendo, in quantum molendina quædam, & eorum intuitu molitores, privilegio donati sunt, ne regionis incolæ aliis molitoribus frumenta dent comminuenda, nisi mercedis parte tertia, aut alia, molitori privilegiato depensa: qualia molendina inde etiam vulgo *de Wamgemolens* dici solent, ac in ea inveniuntur Hollandiæ parte, quæ Beyerlandia appellatur, *decretum Ordin. Holl.* 29. *Octob.* 1657. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2487. *Waarschouwinge van de Rekenmeesters per domeynen van Holland.* 19 *May.* 1661. *d. vol.* 2. *pag.* 2653. *in fine.* Quemadmodum ex adverso quoque variis Ordinum Generalium edictis vetitum, ne navium bellicarum præfecti merces recipiant transvehendas, & novissime 14. *Novembr.* 1670. *vol.* 3. *placit. pag.* 1370 ubi & anteriora recensentur.

7. Pro usu vel operis merces constituenda, (quæ subinde *pretium*, quandoque & *manupretium* appellatur, maxime, quando solvitur pro opere manu facto, ut docet Brissonius *antiquit. libr.* 4. *cap. ult.*) eaque certa vel ab initio, vel ex post facto, dum in arbitrium tertii certi, non incerti, confertur mercedis determinatio, *l. si merces* 25. *ff. b. t.* eodem modo, quo id in pretio emtionis obtinere dictum *tit. de contrab. emt. num.* 23. Quamvis etiam aliquando a lege vel consuetudine mercedis determinatio facta fuerit jure Romano, hodieque fiat, *novell.* 122. Rittershusius *ad novellas part.* 3. *cap.* 13. Eoque nititur fundamento, quod a nonnullis scriptum est, elocato usu operisve sine expressa mercedis mentione aut definitione, locationem nihilominus efficacem esse, ac usu operisve præstitis, eam videri mercedem tacite in conventionem deductam, quæ ex consuetudine promitti solet.

8. Consistit autem merces regulariter in numerata pecunia, exemplo pretii in emtione, non item aliis in rebus, §. 2. *Instit. b. t.* nec uno in nummo, *l. si quis conduxerit* 46. *ff. b. t.* nec in parte fructuum nisi quod ab initio conveniri potest, ut locator frumenti certum modum certo pretio quotannis perciperet ex fundo locato, *l. sed addes* 19. §. *si dominus* 3. *ff. b. t.* quodque favore agriculturæ permissum fuit agrum certa fructuum ponderatione vel mensura locare, *l. si olei* 21. *C. b. t.* quo etiam casu propter insolitam sterilitatem minui quantitatis fructuum promissam præstationem, rescriptum est, *l. excepto tempore* 18. *C. b. t.* Quod si non certa fructuum ponderatio, sed portio pro rata ejus, quod in fundo nascetur, dimidia forte vel tertia, constituta fuerit, *colonus partiarius* dicitur, magisque conventio talis ad societatem quam conductionem accedit, dum partiarius hicce colonus quasi societatis jure & damnum & lucrum cum domino fundi partitur, *l. si merces* 25. §. *vis major* 6. *in fine ff. b. t.* arg. *l. cum duobus* 52. §. *utrum ergo* 2. 3. *ff. pro socio*, *l. si parcendo* 8. *C. de pactis.* Unde & tunc de mercedis remissione quæstio esse nequit, quippe mercede nulla vere in conventionem deducta, arg. *d. l.* 25. §. 6. *ff. b. t.* Abr. a Wesel *de remissione mercedis c.* 8. *n.* 1. & alii plures ibidem citati.

9. Formam modumque locationis quod attinet, primo quidem vel privatim vel publica auctione fieri potest, arbitrio locatoris: eo excepto, quod rerum fidei, vel Principis, vel civitatum (hodie etiam pagorum) elocatio auctione publica peragi debeat, quod pluribus firmat Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *c.* 3. *num.* 6. 7. 8. 9. ac fieri solere testatur Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 22. *num.* 15. Sed & secundo vel ita contrahitur, ut certi temporis finem habeat, puta anni, biennii, quinquennii; vel ita ut incerta sit duratio ejus, veluti, *quamdiu locator voluerit*; quo casu & morte locatoris, & voluntatis contrariæ declaratione, per locatorem vivum facta, eam precarii exemplo fieri placuit, *l. locatio precariive* 4. *ff. b. t.* Eoque etiam pertinent illæ, quæ a minorum curatoribus subinde concipiuntur usque ad illud tempus *quo pupilli majorennes erunt*; in quantum incertum est, an secundum rei veritatem ex annis, an vero necdum impleto legitimo annorum numero per impetratam ætatis veniam, aut nuptias ex nostris moribus, ad majorennitatem inque suam tutelam perventuri sint. Locationes enim usque ad majorennitatem a tutoribus factas etiam venia ætatis aut nuptiis intervenientibus expirare debere probabile est, quasi id geerint tutores, ut cum administrationis curatoriæ fine locationis quoque finis esset, Charondas *lib.* 4. *respons.* 46. Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit* 10. *art.* 27. *in notis in fine.* Abr. a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 13. *num.* 17. 18. Denique & in locationibus tacitis id evenire solet, ut temporis incerti finem locatio habeat, si modo tacitas excipias rusticorum prædiorum locationes. Quod ut magis in aperto sit, sciendum, non expressas tantum, sed & tacitas locationes in jure probatas esse: qua ratione, si impleto tempore, quod ab initio conductioni appositum est, conductor usum haud restituat, sed locatore non contradicente perseveret uti, tacite continuata seu repetita videtur locatio una cum obligatione pignoris, quod in prima conductionis seu pensionis securitatem suis in rebus conductor constituerat, non item fidejussorum, qui pro primo intervenerat contractu, neque etiam rerum ad alium quam conductorem pertinentium, dum vel tertius res suas proprioris conductionis pensionibus devinxerat, vel conductor ipse res alienas domino consentiente aut ratum habente: nisi & fidejussoris, aut domini rerum pignoris nexu obstrictarum, repetitus in obligationem consensus concurrat; quippe quos sine sua voluntate obligari, aut rerum suarum obligationem pati invitos, iniquum esset; *l. item*

quaeritur 13. §. *qui impleto* 11. *l.* 14. *ff. h. t. l. si, cum Hermes* 7. *C. h. t.* arg. *l. novatione* 4. *C. de fidejussoribus*. Quod si primæ conductionis instrumento inserta sit formula paratæ executionis, sed secundum mores nostros consensus in condemnationem ad ea, quæ ex conductionis lege præstanda sunt; non animadverto, cur non etiam ille in condemnationem consensus ad tacite repetitam procedetur conductionem: cum utique iisdem legibus prior constabat conductio, intelligatur quisque reconduxisse quoad ejus fieri potuit, dum lapso primi contractus spatio remanebat in conductione; neque sufficiens diversitatis ratio reddi possit, quare magis vinculum pignoris in secundam perduraret conductionem, quoties obligatio ejus ab arbitrio conductoris pendet, quam perseveraret clausula assensus in condemnationem, quæ æque a spontanea processerat conducentis voluntate, ac ejus expressa potuisset conventione renovari. Dissent. Matth. de Afflictis *decis*. 365. *n.* 15. Menochius *de præsumt. libr.* 3. *præs.* 85. *n.* 46. Christinæus *ad leg. Mechlin. tit.* 8. *art.* 8. *n.* 6. *in addit.* & plerique DD. quibus & ideo placet, nec pœnam conductioni priori appositam in tacita conductione videri repetitam, Mantica *de tac. & ambig. convent. libr.* 5. *tit.* 15. *num.* 23. sed sine fundamento, ut not. Brunnemanus *ad d. leg.* 13. *ff. h. t. num.* 14. 15.

10. Tempus, in quod tacito consensu conductio continuata videtur, pro rerum varietate varium est. In prædiis enim rusticis, naturales aut industriales fructus ferentibus, usque ad annum reconductio facta censetur, eo quod plerumque intra anni inchoati ac vertentis spatium omnis fructuum nativitas, incrementum, atque perceptio absolvi, annuatimque redire solet, *d. l.* 13. §. 11. *ff. h. t.* Unde si non annis singulis, sed vel unoquoque demum biennio, quadriennio, aut quinquennio, veluti in sylva cædua, fructuum perceptio ex more regionis aut ex fructuum natura fiat, magis est, ut in longius illud tempus, quo semel perceptio fructuum initium ac finem habere atque ita absolvi potest, tacite colonus reconduxisse intelligatur. Gomezius *var. resolut. tom.* 2. *cap.* 3. *num.* 15. *in med.* In urbanis autem prædiis aliisque rebus quotidie sui usum præbentibus, nec non in operis jumentorum ac servorum eo jure utebantur Romani, ut prout quisque habitasset, aut usus esset, aut operarum recepisset præstationem, ad mercedem obligatus esset, ac de cetero omni die migrandi vel usus abdicandi habere potestatem, *d. l.* 13. §. 11. *ff. h. t.*: nisi *in scriptis certum conductionis tempus comprehensum sit*, ut loquitur Ulpianus in *d. l.* 13. *in fine* id est, nisi scriptura primæ locationis comprehensum fuerit, in quantum temporis spatium censeri deberet tacite repetita conductio, casu quo conductor impleto tempore primæ conductionis in conductione remansisset. Quo modo nunc apud nos, & aliis plurimis in regionibus ita jus est, ut ædium, famulorum, ac ancillarum conductio per silentium utriusque post primi temporis finem usque ad proximum migrandi terminum continuata habeatur, dum per statuta aut consuetudines inveteratas definita inveniuntur certa ex ædibus migrandi tempora, certi operarum a famulis ac ancillis elocatarum fines, simulque necessitas imposita denunciationis maturæ faciendæ per eos, qui finito locationis tempore usum operasve recipere ultra nolunt, aut in posterum præstare, ut lippis tonsoribusque notum. Vide Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 22. *n.* 6. & 15. Groenewegen *ad l.* 16. *C. h. t.* Wassenaar *pract. judic. cap.* 7. *n.* 22. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 6. *defin.* 1. Abr. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 19. *num.* 3.

11. Notandum interim, nunc in Hollandia nullas amplius tacitas prædiorum sive rusticorum sive urbanorum admitti posse conductiones, ac continuationes ex quo placuit, nullam omnino esse & inefficacem utrimque prædiorum urbanorum & rusticorum locationem, quæ in scripturam, charta sigillata comprehensam, redacta non est, ut ante dictum *n.* 2. Non etiam posse tacitam concipi locationis redintegrationem, si locator furere cœperit, aut moriatur, & nullus ei finito locationis tempore heres existat; cum his in casibus tacita voluntatis declaratio intelligi nequeat, *l. qui ad certum* 14. *in fine ff. h. t.* arg. *l. certe* 6. *ff. de precario*. Secus, si heres aut curator locatoris furiosi conductorem finito tempore relinquat in conductione.

12. Plura de tacita conductione vide apud Brunemannum & DD. *ad d. l.* 13. §. *ult. ff. h. t.* Menochium *de præsumtion. lib.* 3. *præsumt.* 85. Mascardum *de probation. conclus.* 994. Manticam *de tacit. & ambig. convent. lib.* 5. *tit.* 15.

13. Quia vero locatio consensu constat, sequitur, finito primo locationis tempore locatoris in arbitrio esse, utrum eundem conductorem consentientem volentemque in eadem conductione retinere velit, an magis alteri rem elocare dimisso priore; adeo ut conductori primo jus non sit, eadem oblata mercede, quam novus conductor promisit, eundem excludendi, sibique velut jure quodam retractus prælationem vindicandi, *l. ne cui liceat* 32. *C. h. t.* qualis consuetudo seu potius corruptela, cum superioribus seculis invaluisset, merito per edictum Caroli V. reprobata fuit, nisi tale jus nominatim conductori primo per adjectam primæ locationi pactionem datum appareat, convenienter *d. l.* 32. *C. h. t. Edict. Car. V. anno* 1515. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 363. quod & plenius renovatum edicto Ordinum Hollandiæ, pœnis gravioribus in eos propositis, qui novos colonos metu, minis, aut vi terrere vel turbare ausi fuerint, *Politike Ordon. ann.* 1580. *art.* 30. & *seqq. d. vol.* 1. *pag.* 337. & *placito anni* 1658. 26. *Sept. vol.* 2. *placit. pag.* 2513. & *seqq.* ac aliis quoque in locis observatur, ut apparet ex iis, quæ habet Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 6. *defin.* 2. Carpzovius *defin. for. par.* 2. *constit.* 37. *defin.* 8. Et quamvis jure civili prædiorum publicorum conductoribus hoc privilegium indultum fuerit, ut inviti de prædio conducto haud expellantur, si oblata per novos conductores augmenta & ipsi suscipiant, *l. congrui* 4. *C. de locat. prædior. civilium*, idque etiamnum in Frisia atque Saxonia servari testetur Sandius, Carpzovius *d. l.* tamen ne tales quidem in Hollandia reliquisque Belgii locis, ut & apud Gallos, hac in parte a ceteris rerum privatarum conductoribus separari solent; tum quia nec inviti nunc ad repetitam compellantur conductionem; tum quia colonorum defectus penes nos tantopere metuendus non est, ut præmiis aut privilegiis ad publicorum conductionem invitandi forent; uti testes sunt Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 8. *art.* 8. *num.* 4. 5. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 2. *n.* 8. 9. Groene-

wegen *ad d. l.* congruit 4. *Cod. locat. præd. civil.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 22. *n.* 16. Quod si fructuarius secundum concessam legibus potestatem fundum fructuarium alteri locet, proprietatis dominum mercedem eandem offerentem non oportere extraneo præferri conductori, nec speciem quandam retractus exercere posse, verius est, nisi id nominatim per consuetudinem proprietario datum appareat, uti id concessum lege Mechliniensi *t.* 8. *art.* 4. ubi Christinæus. Alioquin enim, cum retractus præter communes juris regulas inductus strictam recipiat interpretationem, nec extensionem pati debeat, ut dictum *tit. de lege commissor. n.* 9. denegari fructuario non debuit conductoris suo arbitrio eligendi licentia sine limitatione per leges tributa, *l. arboribus* 12. §. *usufructuarius* 2. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Tiraquellus *de retract. gentil.* §. 1. *gloss.* 7. *num.* 55. & *mult. seqq.* Castillo Sotomajor *de usufructu cap.* 74.

14. Nascitur ex hoc contractu duplex actio, locata scilicet & conducti. Conducti actio est personalis bonæ fidei, quæ datur conductori & heredi ejus, adversus locatorem & ejus heredem; non item contra successorem particularem, qualis est donatarius, legatarius, emtor, aliique, de quibus latius in sequentibus *num.* 17. ad id, ut usus vel operæ præstentur, & simul ea omnia, sine quibus commode quis uti nequit: non in numero sunt instrumenta prædii elocati, recensita plenius in *l. sed addes* 19. §. *illud nobis* 2. *ff. h. t.* (quæ tamen moribus non præstari, nisi fundo affixa sint, vel alias nominatim id actum sit, monet Groenewegen *ad d. l.* 19. §. 2. *ff. h. t.*). & refectio necessaria aut restitutio ostiorum, fenestrarum, tectorum, similiumque vetustate vel aliter nimis corruptorum, *l. ex conducto* 15. §. *competit.* 1. *l. si merces* 25. §. *si vicino* 2. *ff. h. t.* Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 8. *art.* 9. nisi conductor quotidianæ refectionis onus suis impendiis in se receperit, vel corruptio tali conductoris culpa, qualem ex natura contractus præstare tenetur, conductis rebus illata sit, *d. l. si merces* 25. §. 3. & 4. *ff. h. t.* Adhæc, ut locator patiatur, conductorem tollere ostia & alia quæ suo sumto in re conducta fecit, quatenus ablatio fieri sine rei detrimento potest, *l. sed addes* 19. §. *si inquilinus* 4. *ff. h. t.* patiatur & tolli invecta illata usque adeo, ut si dominus adeo coangustaverit aditum ædium, ut illata iterum efferri nequeant, teneatur rursus eundem dilatare, *d. l. sed addes* 19. §. *si inquilinus arcam* 5. *ff. h. t.* Præstetur denique reparatio damni totius, quod conductor ex rei conductæ vitio passus est, sive sciverit locator vitium illud, sive ignoraverit, quoties circa rem locatam artificium versatur, & locator artifex est; quippe qui tunc utique scire debuerat, quæ suæ artis erant; quo pertinet id, quod de doliis vitiosis elocatis, unde vinum effluxit, Jurisconsultus ait, ignorantiam locatoris haud excusatam esse. Nam si id elocatum sit, circa quod nulla versari solet artis professio, dum saltus pascuus locatus fuit, in quo mala herba nascebatur, unde animalia conductoris demortua aut deteriora facta sunt; non aliter ad id quod interest conveniri locator potest, quam si vitium subesse sciverit; ignoranti succurritur hactenus, ut mercedis remissione liberetur *l. sed addes* 19. §. *si quis dolia* 1. *ff. h. t.* arg. *l. Julianus* 13. *pr. ff. de act. emti.*

15. Quod si duobus separatim res eadem, veluti domus, in solidum elocata fuerit, usus ipsius intaita potior haberi debet, cui prius a locatore usus ædium concessus est, sive is prior sive posterior conductor sit: cui consequens est, ut conductor alter ob non præstitum rei usum ad id quod interest contra locatorem experiatur. Si enim rem duobus separatim vendens posteriorem traditione rei dominum efficiat, quia non obstante venditione priore dominium rei penes ipsum remanserat; quid ni longe magis usum posteriori efficaciter concesserit, utcunque priori jam ante locatum; arg. *l. qui tibi* 6. *C. de hered. vel act. vend.* *l. quoties* 15. *C. de rei vindicat.* Quanquam enim in operis duobus simul locatis Ulpianus conveniens censuit, priori conductori ante satisfieri, *l. in operis* 26. *ff. h. t.* similique ratione æquum judicari debet, primo conductori magis quam secundo conductæ rei præstari usum; tamen, uti operis posteriori præstitis locator operarum in fidei non servatæ pœnam priori ad id quod interest damnandus foret; ita quoque, si usus posteriori conductori jam re ipsa contra fidem priori datam concessus sit, non aliud amplius priori petendum superest, quam id quod interest, violatam non fuisse contractus fidem, arg. *d. l.* 6. *C. hered. vel act. vend.* Confer Mozzium *de contractib. tit. de naturalibus location. num.* 11. Covarruviam *variar. resolut. lib.* 2. *cap.* 19. *n.* 8.

16. Licet autem conductor regulariter ante tempus locationi addictum expelli nequeat de domo vel fundo, aut rerum aliarum usus ei tolli; plures tamen in jure casus recensentur, quibus illud permissum est; idque vel ita, ut expulso neque per expellentem neque per alium id quod interest præstandum sit, sed sola temporis futuri, quo non utetur, pensio remitti debeat; vel ita, ut expulsus in solarium quanti sua interest jure persequatur. Prioris generis causæ sunt si domum elocatam dominus propriis usibus ex nova causa necessariam esse probaverit, vel ea necessaria indigeat reparatione, quæ salva inhabitatione fieri nequit; vel conductor in re conducta male versetur, *l. æde quam* 3. *C. h. t.* Christinæus *vol.* 3. *decis.* 115. Groenewegen & vulgo DD. *ad d. l.* 3. Leeuwen *censur. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 22. *n.* 16. vel integro biennio conductor moram fecerit in solvenda pensione; quo casu etiam, aperta domo vel horreo, res publicæ describi ac inde dimoveri possunt, quoties conductor absens est, *l. quæro* 54. §. *inter* 1. *l. cum domini* 56. *ff. h. t.* vel fructuarius fundum fructuarium elocaverit in certum tempus, velut in quinquennium, & anno forte tertio ususfructus morte aliove modo finitus ad proprietarium revertatur; cum scire conductor debuerit conditionem ejus cum quo contrahebat, & prospicere hoc posse evenire, adeo ut ne sumtus quidem, quos fecit in fundum, quasi quinquennio fruiturus recipiat pro rata, *l. si quis domum* 9. §. *his subjungi* 1. *ff. h. t.* Idemque jus est in præbendariis, ac fiduciariis agros ad præbendam pertinentes aut ex fideicommisso post mortem restituendos elocantibus, ac ante finem locationis morientibus, quippe qui fructuariis simillimi existimantur. Nec oberit proprietariis, successoribus in præbenda, ac fideicommissariis, quod aliquandiu conductori usum reliquerint, ac pro eo mercedem receperint. Cum enim id tantum fiat ex continuatione quadam vel magis renovatione locationis per mortem fructuarii similiumque revera extinctæ, eaque renovatio non ver-

bis sed rebus tantum & factis declarata consensu interposita sit, consensus ille solo facto declaratus non ultra operari potest, quam quatenus ex illo facto necessaria consensus renovati consequentia atque inductio est; non est autem ulterius, quam ratione temporis, cujus pensio accepta, vel per quod usus conductori relictus est. Et sane, si inter easdem personas, finita conductione prima, per tacitum consensum non intelligitur ultra repetita conductio, quam quatenus prædiis rusticis usque ad annum, ut ante expositum; ratio nulla est, cur inter diversas personas in tempus longius consensu tacito crederetur renovata. Confer Petrum Barbosam *ad l. si filiosfamilias* 26. §. *ult. ff. soluto matrim. num.* 18. *& seqq. & num.* 28. 29. Sursum *decis.* 33. Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 22. *num.* 18. Append. decisionum *post resp. Iurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 2. *pag.* 36. Denique & sine spe consequendi id quod interest expelli conductor ante tempus potest, si prædium per hostes jure belli occupatum a fisco hostili in certum tempus conduxerit, ac ante temporis finem expulsis iterum inimicis prædium postliminii jure ad pristinos dominos reversum sit. Resoluto namque jure locatoris, jus quoque conductoris resolvi necesse est, maxime, cum invito prædii domino, salvaque postliminii spe, jus hosti locanti vi & armis quæsitum sit, quod non ultra se potuit extendere, quam quatenus hostes rerum potiti sunt, arg. *l. quod meo nomine* 18. §. *ult. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. si captivus* 20. §. *verum est* 1. *ff. de captiv. & postlim.* Abr. a Wesel *de remissione mercedis cap.* 11. *num.* 44. *& seqq.*

17. Ex adverso pluribus in casibus ita leges concesserunt facultatem impune expellendi conductorem ante tempus, aut elocatæ rei usum ei auferendi, ut tamen conductor jure expulsus per alium regressum habeat adversus locatorem ad id quod interest, usum sibi secundum legem conductionis haud fuisse relictum, sub quo & illud comprehenditur, quanto pluris conductor prior eandem rem secundo in totum, aut per partes locavit, *l. si tibi* 7. *l.* 8. *l. qui insulam* 30. *ff. h. t.* Ita primo quoties quis rem alienam ad certum tempus sciens elocavit ut suam, vero quidem domino ex jure dominii rem quovis tempore a conductore avocare permissum est, sed conductori locator tenebitur ad id quod interest; usque adeo, ut & ipse fructuarius in id damnandus veniat, si rem fructuarium elocaverit velut propriam, conductori ignoranti, ubi hic ob finitum maturius usumfructum pati debuit, a proprietario intempestivam rei locatæ ablationem *l. si quis domum* 9. §. *hic subjungi* 1. *vers. quid tamen, l. ex conducto* 15. §. *plane* 8. *l. si fundus* 33. *in fine l.* 34. 35. *ff. h. t.* Si tamen bonæ fidei possessor, qui prædium elocaverat, ejus evictionem patiatur ante finem locationis, & evincens colono vel inquilino usum neget, ex æquitate absolvendus erit, si paratus sit fundum alium aliamve habitationem non minus commodam expulso per evincentem conductori præstare, *l. quis domum* 9. *pr. ff. h. t.* Sed & secundo, si mulier quæ soluto matrimonio stare non tenetur locationi prædii dotalis per maritum factæ, conductorem ante tempus expellat, maritus locator heredesve ejus ad id quod interest teneri conductori ex jure Romano, vel inde patet, quod secundum Sabini sententiam Paulus scripsit, virum, qui in quinquennium locaverat fundum dotalem, interveniente post annum primum divortio, non alias fundum mulieri reddere oportere, quam si illa caverit, *si quid præter unius anni locationem maritus damnatus sit, id a se præstitum iri, l. si filiosfamilias* 25. §. *ult. ff. soluto matrimon.* qualis cautio supervacua esset, si aut mulier stare debuisset locationi, aut maritus ob expulsionem ab uxore factam non fuisset conductori ad id quod interest obligatus. Sed cum & nostris & multorum aliorum moribus maritus per nuptias legitimam liberioremque uxoris suæ ac bonorum ejus tutelam curamve consequatur, ac jure nostro æque ac civili pupilli post pubertatem ratas habere teneantur prædiorum suorum locationes bona fide ac ex more regionis per tutorem in tempus modicum, quod pubertatis annos excedit, factas, arg. *si tutela agat* 7. *ff. de admin. & peric. tut. l. pen. C. quando ex facto tut. aut curat. minor. agere vel conven. p.* Gothofredus *in notis ad d. l.* 8. Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib.* 5. *cap.* 10. *n.* 23. Petrus Barbosa *ad l. si filiosfamilias* 26. §. *ult. ff. soluto matrimon. num.* 1. Sande *decis. Fris. lib.* 2. *t.* 9. *defin.* 22. Gomezius *var. resolut. tom.* 2. *cap.* 3. *n.* 8. *versus secunda conclusio*, consequens est, ut nunc uxores quoque, vel heredes earum, soluto matrimonio in rerum uxoriarum a maritis durante matrimonio facta locatione perdurent ad finem temporis contractu expressi; præsertim, si insuper consideres, tantam apud nos maritorum in res uxorias potestatem esse, ut ne alienationes quidem earum a maritis factas retractare nuptiis dissolutis uxori datum sit. Groenewegen *ad d. l.* 25. §. *ult. ff. soluto matrim.* Wassenaar *pract. judic. cap.* 7. *n.* 61. Adde Gomezium *d. tom.* 2. *cap.* 3. *num.* 8. *in pr.* Petrum Barbosam *ad. d. l.* 26. §. *ult. ff. soluto matrim.* Manticam *d. lib.* 5. *cap.* 10. *n.* 21. Berlichium *part.* 2. *conclus.* 45. *num.* 23. *& seq.* Porro etiam legatario, tanquam successori particulari, jus est prohibendi conductori legatæ rei usum ante tempus, in quod locatio per defunctum contracta fuerat, si non aliud testamento cautum sit; sed cum herede conductor expulsus actionem ex conducto habet ad indemnitatem, *l. qui fundum colendum* 32. *ff. h. t. l. nihil proponi* 120. §. *ult. ff. de legatis* 1. neque interest, utrum proprietas, an tantum ususfructus rei locatæ legatus sit: nam & per fructuarium ante tempus expelli posse conductorem rei fructuariæ, si in constituendo usufructu aliud actum non sit, Paulus tradidit *l. arbores* 59. §. 1. *ff. de usufructu & quemadm. quis utat.* Etsi enim prædiales servitutes fundo fructuario ante usumfructum constitutum impositas aut ex promissione imponendas fructuarius pati teneatur, *l. si pendentes* 27. §. *si qua servitus* 4. *ff. de usufructu*, locationis tamen intuitu magis emtori comparatus fuit, *d. l.* 59. §. 1. *ff. de usufr.* Castillo Sotomayor *de usufruct. cap.* 73. *num.* 1. *& seq.* Denique nec emtoribus, aliisque ex titulo particulari dominium adeptis, in conductione per auctorem facta persistere necesse fuit, nisi id pacto venditioni adjecto comprehensum esset, *l. Emtorem* 9. *C. h. t. l. si merces* 25. §. *qui fundum* 1. *ff. h. t.* quo casu emtor contentus esse tenetur ea mercede, quam primus conductor promisit, licet is rem pluris alteri locasset, *l. insulam uno* 53. *ff. h. t.* Confer Gomezium *var. resol. tom.* 2. *cap.* 3. *num.* 9. Tiraquellum *de re-*

tract. conventien. §. 3. *Gloss. unica num.* 13. *& seqq.* Govarruviam *variar. resolut. lib.* 2. *cap.* 15. Petrum Barbosam *ad l. si filiof.* 26. §. *ult. ff. de soluto matrim.* Abr. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 19. *num.* 1. *& seqq. ad num.* 10. Sed ad hoc jure, adhuc Frisiis aliisque nonnullis probato, Brabantini, Flandri, Transisulani, ac Hollandi jam dum recesserunt, atque etiam Ultrajectini secundum novellam *decis. anni* 1659. 14. *Aprilis. art.* 19. dum placuit emtionem locationi cedere, (*dat Huer voor Koop gaat*) nisi aliud inter locatorem ac conductorem nominatim actum sit; sive privata venditio intervenit, sive publica, aut ex decreto magistratus adhibitis hastæ solemnibus ad creditorum petitionem; sic ut & jus retentionis conductori competat, si remanere in conductione malit, quam post expulsionem intempestivam ad id quod interest judicio experiri, si modo bona fide, non in fraudem creditorum, (pendente forte subhastationis judicio, aut lite jam mota) locatio facta sit, Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 7. *num.* 18. 19. 20. Abr. a Wesel *ad novellas constitut. Ultrajectin. art.* 19. *num.* 12. *& seeq.* Neostadius *supr. curia decis.* 30. Groenewegen *ad d. l.* 25. §. 1. *ff. h. t.* & *ad l.* 9. *C. h. t.* Leeuwen *censur. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 22. *n. ult.* Amstelodami tamen jure singulari id obtinet, ut in ædibus ibidem judicati exsequendi causa distractis sub hasta conductionis præcedentis vis se non extendat ultra annum a primo die Maii, venditionem sequenti, computandum, Consuetud. Amstelod. *lib.* 1. *part.* 3. *t.* 17. *van executien n.* 7. Quia vero & fructuarius & legatarius cæterique particulares successores secundum jus civile conductoris expellendi potestatem habebant *ad exemplum venditionis*, id est, ad exemplum juris illius, quod interveniente venditione servandum fuit, *l. arbores* 59. §. *quicquid* 1. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* non abs re fuerit, illis in locis in quibus leges municipales aut mores jubent, emtorem stare locationi per venditorem factæ, etiam produci jus illud ad fructuarios, legatarios, donatarios, similesque particulari ex titulo successores; ac causam eorum a causa emtorum haud separari.

18. Quibus autem in casibus expulsiones conductorum per leges aut mores ante locationis finem permissæ sunt, observandum primo, non privata sed publica judicis auctoritate deturbari oportere colonos ac inquilinos, quoties privatim moniti migrari recusant, ne alioquin interdicto de vi & vi armata teneatur, qui dejecit, *l. colonus eum* 12. *l. cum fundum* 18. *ff. de vi & vi armata*, arg. *l. non est singulis* 176. *ff. de reg. juris*, *l. creditores* 3. *C. de pignor. & hypoth.* Christinæus *ad leg. Mechlin. t.* 8. *art.* 8. *n.* 7. Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 42. *defin.* 11. Adde *t. si ager vectigal id est emphyt. petatur n.* 51. Secundò sciendum, non ex abrupto tunc colonos, velut Jovis ignibus ictos, debere depelli, sed præcedente tempestiva denunciatione de migrando proxime extituro migrationis termino ex more vel lege regionis stabilito, ut ita tempore medio conductor sibi nova consulat alterius prædii, suis usibus ac conditioni accommodati conductione, arg. *l. in commodato* 17. §. *sicut autem* 3. *ff. commodati*, Christinæus *ad leg. Mechlin. t.* 8. *art.* 3. Sande *decis. Fris. lib.* 3. *t.* 6. *defin.* 1. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 19. *n.* 20. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 17. Groenewegen *ad l.* 3. *C. h. t.* Abr. a Wesel *ad novellas const. Ultraject. art.* 19. *n.* 3. Sed & tertio notandum, illam expellendi licentiam particularibus successoribus a jure concessam non impediri ex eo, quod forte locator aut generaliter res suas aut specialiter ipsum illud prædium, quod locavit, pignori obligaverit conductori in usus, non ante finitum tempus expressum adimendi, securitatem. Cum enim illa pignoris obligatio accessoria tantum sit, principalem obligationem firmare quidem, at nequaquam immutare potest: principalis autem conducti actio personalis in id tantum comparata est, ut vel usus conductori, usque ad locationis finem præstetur, vel alioquin solvatur id quod interest, eum intempestive fuisse denegatum; adeoque obligatio ad factum, usus nempe præstationem, delabitur tandem ac desinit in condemnationem ejus quod interest, uti id in omnibus evenit facti obligationibus, *l. si quis ab alio* 13. *in fine ff. de re judicata*, junct. *l. si filiofamilias* 25. §. *ult. ff. soluto matrimon.* quibus consequens est, ut & pignoris obligatio tantum in securitatem ejus quod interest videri possit intervenisse, atque adeo successorem particularem pati quidem debere tunc prædii per prædecessorem locati distractionem pro consequendo eo quod interest, sed & venditionem impedire posse, si id ipsum expulso præstet, atque ita luat pignus, arg. *l. Paulus respondit* 12. §. 1. *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvitur*, *l. si rem alienam* 9. §. *ult. ff. de pignorat. act. l. cum secundus* 5. *l.* 6. *ff. de distract. pign. & hypot.* regressum deinceps adversus ipsum habiturus locatorem heredemve ejus ad indemnitatem. Ita post Petrum Barbosam ad *l. si filiof.* 25. §. *ult. soluto matrim. n.* 32. Gomezium *var. resol. tom.* 2. *cap.* 3. *n.* 9. *ant med.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 6. *defin.* 7. *in fine*, Perezium, *C. h. t. n. sed nec eo casu* 34. Mornacium, Tuldenum, Cancerium aliosque citatos, Abrahamus a Wesel ad *novellas const. Ultrajectinas art.* 19. *n.* 9. Animadvertendum denique, ea, quæ de conductore prædii expellendo ob id, quod in re conducta male versatur, dicta sunt, non de quovis promiscue aut leviori abusu vel neglectis circa utendi modum pactionibus appositis, sed tantum de insigniter gravi damnosoque abusu, accipienda esse. Quemadmodum enim conductor neque migrare maturius neque mercedis remissionem petere potest ob id, quod paulo minus commode aliqua cœnaculi conducti parte uteretur, vel propter necessariam partis refectionem aliquam parvulam incommodi partem sustineret, sed demum, si maxima usus pars ei impedita sit, *l. habitatores* 26. *ff. h. t.* ita quoque eum non nisi ob notabiliorem in re conducta versationem malignam dejici, æquum est. Cumque recensiti in jure non inveniantur illi abutendi modi, qui sufficientes habendi forent, id totum arbitrio providi ac circumspecti judicis relinquendum videtur, utrum abusus expulsione, an sola in id quod interest damnatione coercendus, aut etiam ob exiguitatem conniventia prætermittendus sit; sive in privatis sive in publicis rebus, atque etiam ipsis vectigalium locatorum exactionibus abusus appareat. Confer Christinæum *vol.* 3. *dec.* 115. *num.* 8. Ant. Matthæum *de auction. lib.* 2. *cap.* 11. *num.* 6. *& cap.* 5. *n.* 30.

19. Ex adverso etiam, quoties ex statuto vel consuetudine locationi cedit venditio, ita demum successor particularis inquilinum habitantem, colonum-

vi fuentem, ad finem usque ferre debet, si ei conductor temporis insequentis pensiones solvere paratus sit. Cum enim ex acquisito dominii aut usufructus jure emtor, legatarius, fructuarius secundum naturalem rationem fructum usumque rei percepturi fuissent, nisi conductoribus id privilegii datum esset, ne ante finem temporis cum maximo saepe suo dispendio depelli queant, aequum plane, ut id saltem, quod fructuum vicem gerit, adeoque pensio iisdem cedat. Quod & hoc jure civili cautum in casu, quo singulari jure constitutum erat, ut ementes a fisco rem fiscalem starent locationi per fiscum factae, *l. ult. ff. de jure fisci*, ac usque adeo obtinet, ut, si conductor temporis totius mercedem repraesentaverit, seu in antecessum solverit locatori, pro rata tamen emtori similibusque pro mercede devinctus sit, indebiti condictione repetiturus a locatore id omne, quod ultra alienationis factae diem solutum fuit, quippe quod ex alienationis subsecuta eventu indebitum apparet, Petrus Barbosa ad *l. si filiofam.* 26. §. *ult. ff. soluto matrim. n.* 27. Wesel ad *d. art.* 19. *num.* 20.

20. Utrum autem Doctores & literati vicinos suos strepitu majore artificia exercentes ad migrandum compellere possint, excutere haud libet. Quaestiones tales hominibus, eruditionis morosae & illiberalis gloriolam dicam, an decus, affectantibus motas si quis cognoscere cupiat, adeat Menochium *de arbitrar. judic. lib.* 2. *casu* 237. Carpzovium *defin. for. par.* 2. *const.* 37. *defin.* 23.

21. Hactenus de actione conducti. Locati actio est personalis bonae fidei, quae locatori datur, atque etiam conductori, qui id, quod conduxerat, alteri rursus sublocavit, *l. si tibi* 7. *l. si cui locaverim* 48. *ff. b. t.* &, si plures locaverint, singulis pro sua parte, contra conductorem, &, si plures sint, contra singulos pro rata; nisi aliud nominatim pacto actum sit, aut appareat, locatorem singulorum personas in solidum respexisse, & ita duos pluresve in solidum fecisse reos locationis: tunc enim electio ei competit, quem eorum in solidum convenire velit, usque adeo, ut ne opposito quidem divisionis beneficio in casu, quo omnes solvendo sunt, jus illud eligendi unum in solidum ei auferri possit, si actiones suas adversus ceteros praestare non recuset, *l. si divisa* 13. *C. b. t. l. item quaeritur* 13. §. *duo rei* 9. *l. cum apparebit* 47. *ff. b. t.* vel nisi plures vectigalia conduxerint; tum jure Romano, arg. *l. locatio* 9. §. *socii* 4. *ff. de publicanis*; tum nostris moribus. Vide Ant. Matthaeum *de auction. lib.* 2. *cap.* 6. *n.* 4. 5. 6. 7. & quae scripsi *tit. pro socio n.* 13. Non tamen locatori primo contra secundum conductorem ulla ex locato actio est, cum nihil inter eos contractum sit, nec ex alieno contractu alius agere aut conveniri possit, *l. qui tutela* 73. §. *ult. ff. de reg. juris*, etiamsi, forte annis pluribus locator primus a conductore secundo pensiones acceperit; eo quod isto modo nulla videri potest novatio seu delegatio intercessisse, adeoque non magis inde contra secundum conductorem, quam contra quemvis extraneum pro conductore primo solventem, actio nasci potuit. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *t.* 42. *defin.* 23. Interim conductorem secundum solventem primo locatori, quod huic a primo conductore debetur, liberari etiam hoc ipso a primo conductore verius est, cum videri possit eam fecisse solutionem, ut vel liberaret res suas illatas invectasque, locatori primo aedium jure pignoris obnoxias, (ut plenius dicetur *t. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacite contrah.*) vel conductoris primi negotium gereret, atque ita compensaret debitum sibi ex tali gestione cum eo, quod ipse vicissim ex conductione secunda debet, *l. solutum* 11. §. *solutam* 5. *ff. de pignor. act.* arg. *l. si opera* 6. *in fine ff. de doli mali & met. except.* si modo in casu posteriore nulla conductoris prioris prohibitio intercesserit de non facienda locatori primo solutione, arg. *l. ult. Cod. de negot. gestis*, Bronchorst *miscell. cent.* 1. *assert.* 80. *pr. & in fine.*

22. Agitur hac locati actione ad id, ut conductor mercedem solvat totius temporis quod conduxit, una cum usuris ex mora, (aut secundum mores ex tempore litis contestatae. Parens p. mem. Paulus Voet ad *princ. Instit. b. t. n.* 8.) etiamsi re conducta usus non sit, vel ante tempus migraverit, nullam justam migrandi causam habens, *l. habitatores* 27. §. *iterum* 1. *l. dominus* 55. §. *ult. ff. b. t.* Ut tamen exonerare conductorem debeat, si quam forte locator mercedem ab alio pro reliqui temporis usu consecutus sit; cum hactenus haud intersit locatoris, intempestive migratum esse, nisi aliud consuetudine vel lege municipali inductum appareat. Nam & cum exceptor quidam operas suas locasset ac deinde is, qui eas conduxerat decessisset, a Severo & Antonino rescriptum fuit, *fidem contractus impleri aequum esse*, adeoque mercedem integram ei oportere solvi, *si eodem anno mercedes ab alio non accepisset*, *l. sed addes* 19. §. *cum quidam* 9. *ff. b. t.* Similique modo responsum diem functo legato Caesaris, salarium comitibus residui temporis, quod a legatis praestitum est, deberi modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerint, *d. l.* 19. §. *ult. ff. b. t. l. diem functo* 4. *ff. de offic. assessorum.* Neque ratio diversitatis apparet, cur non idem, quod in operarum locatione receptum est, in usu quoque locato servaretur. Quod & non obscure Paulus monere videtur, cum agens de eo, qui ante tempus sine causa migravit, non simpliciter eum ad integri temporis mercedes teneri dicit, sed potius *ad solvendas totius temporis pensiones ex conducto conveniri posse, quatenus locatori in id, quod ejus interest, indemnitas servetur*, *l. dominus horreorum* 55. §. *ult. ff. b. t.* At non indemnitatem tantum, sed & lucrum captaret locator, si & a primo & a secundo conductore duplicatam temporis ejusdem haberet mercedem. Denique, si conductor re conducta male utens, ante tempus per locatorem expellatur, non aliud a conductore expulso consequitur ratione futuri temporis, quam quanti minoris deinceps eandem rem alteri locavit, *l. ea lege* 51. *pr. ff. b. t.* an autem conductor ante tempus sine causa migret, an ante tempus ex causa justa expellatur, quid quaeso refert? non minorem sane abutentis quam intempestive migrantis culpam esse, evidens est, Gothofredus & Brunnemannus ad *d. l.* 19. §. *pen. & ult. ff. b. t.* Panschmannus *pract. quaest. libr.* 1. *quaest.* 16. Grotius *de jure Belli & pacis libr.* 2. *cap.* 12. *num.* 18. *in fine*, Abrah. a Wesel *de remiss. mercedis cap.* 1. *n.* 17. *& seqq.* Neque his adversatur, quod adversus colonum, vel inquilinum ante tempus deferentem statim dominus agere possit, atque ita temporis totius reliqui pensiones in continenti petere, *l. si in lege* 24. §. *si dominus* 2. *ff. b. t.* quo etiam motus Wesel *d. c.* 1. *num.* 20. existimavit, locatorem, si ab ini-

tio temporis totius mercedem a conductore, ante tempus prædium deserente, consecutus sit, ac postea alteri prædium illud vacuum locaverit, reddere non compellendum primo conductori id, quod ex secunda redegit locatione. Considerandum namque primo, etiam jactu in tempestate facto navis levandæ gratia, statim quidem mercium jactarum dominum ex locato conducto ad contributionem ex salvatis faciendam agere posse adversus magistrum navis, sed mercibus jactis postea apparentibus, aut per urinatores eductis, exonerari contributionem, adeo ut & reddi tunc oporteat, quod ultra id, quo indemnitas præstanda erat mercium domino, jam ab initio collatum fuit, *l. si laborante* 2. §. *pen. ff. ad leg. Rhod. de jactu*. Neque ratio apparet, cur non similiter exoneraretur conductor primus, qui jam solverat, dum modo locator indemnis sit; maxime, cum iniquum foret, conductorem primum bonam fidem agnoscentem, ac mature sponteque forsan satisfacientem locatori primo in damno hæsurum, dum ipsi haud proficeret superveniens post solutionem ex locatione secunda quæsita utilitas; contra vero eundem in mora solvendi existentem exonerari, si interim inter moras istas merces quædam ex secunda rei ejusdem locatione redigatur; atque ita suam cuique moram prodesse, diligentiam bonamque fidem eventu inspecto damnosam evadere. Sed & secundo in *d. l.* 24. §. 2. non asseritur, statim ad integræ conductionis pensiones agi posse, sed simpliciter *statim agi posse*; agi vero potest non tam ad pensiones illas, quarum dies necdum venit, quam potius ad interponendam de pensionibus suo tempore solvendis aut indemnitate præstanda cautionem; dum propter migrationem non ultra domino ædium aut fundi in invectis jam elatis, aut fructibus ob culturæ defectum parcius proventuris, securitas est; idque ex natura negotiorum bonæ fidei, in quibus omnibus cum nondum dies præstandæ pecuniæ venit, ad interponendam cautionem agi potest, & ex justa causa condemnatio fit, *l. in omnibus* 41. *ff. de judiciis*.

23. Quod si justam migrandi causam conductor habuerit, non ultra mercedem solvere tenetur, quam quatenus re conducta usus est. Justæ autem migrandi causæ sunt, si locator rem locatam alienaverit ante finem locationis: nam uti emtor aliique successores particulari locationi stare haud tenetur, ita & conductorem ad id non cogi, contractus hujus utrimque principaliter obligatorii natura suadet, *l. qui fundum* 32. *ff. h. t* Costalius, Brunnemanus, & vulgo DD. ad *d. l.* 32. Vide Manticam *de tacit. & ambig. convent. lib.* 5. *tit.* 10. *num* 43. Similiter si non commodus sit præstitus rei usus; adeoque non sine magno incommodo suo habitator morari deberet, dum vicinus ædificans in totum, non modice, cœnaculi conducti lumine obscurat necessario ad usum reparanda non refici, *l. ex conducto* 15. §. 1. *l. si merces* 25. §. *si vicino* 2. *l. habitatores* 27. *pr. l. si fundus* 33. *in fine l.* 34. 35. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. §. *ult. ff. si usufruct. pet.* Adhæc si incursus hostium fiat, aut latronum, quibus resistere conductor non potuit, *l. idem quaeritur* 13. §. *exercitu* 7. *d. l.* 33. *in fine*, junct. *l.* 34. *ff. h. t.* vel alia justa subsit timoris causa quamvis periculum vere non fuerit; secus si ne justa quidem appareret metuendi causa, *d. l. habitatores* 27. §. 1. *ff. h t.* junct. *l. metum autem* 9. *ff. quod met. causa l. vani timoris* 184. *ff. de reg. juris*. Qua ratione si ædes, tempore conductionis integræ, cœperint postea terræ motu vel aliter vitiosæ esse ruinamque minari, danda dicitur conductori actio, si migrare prohibeatur, *l. inquilino* 33. junct. *l. qui bona fide* 15. §. *de illo* 6. *ff. de damno infecto*, secus, si ipso conductionis initio jam ruinosæ apparuerint, *d. l. qui bona* 13. §. *de illo* 6. *ff. de damno infecto*, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 23. *num.* 6. Christinæus *vol.* 3. *dec.* 113. *num.* 3. Et ad hunc metum justum etiam spectra in ædibus dominantia referri poterunt, ac pestis violentior, quoties istiusmodi dæmonum illusiones apertis rerum documentis probantur, qua in re multum arbitrio judicis committendum est. Vide Alexandrum ab Alexandro *Genial. dierum lib.* 2. *cap.* 9. & *lib.* 5. *cap.* 19. Aug. Barbosam *ad l.* 3. *C. h. t. num.* 18. Gisbertum Voetium avum meum p. m. *selectar. disput. Theolog. vol.* 1. *pag.* 934. *& seqq.* Abr. a Wesel *de remissione mercedis cap.* 4. Non tamen justis migrandi causis accensendum, quod conductor ipse nunc commodam suis usibus domum fundumve jure dominii acquisierit; cum nec in jure causa talis expressa reperiatur, nec conductori difficile sit, rem recente titulo quæsitam aliis in modicum tempus, in quod usque propria conductio perdurat, elocare. Cui accedit, quod locatori tanquam domino facilius videatur ex nova causa permittendus rei propriæ usus, quam conductori facultas migrandi, dum nullum jus in re pro æquitatis fundamento habet, Aug. Barbosa ad *l.* 3. *C. h. t. num.* 17.

24. Præter migrationem justa ex causa factam aliæ insuper causæ sunt, propter quas mercedis remissionem pro parte vel in totum jure conductor petit; veluti si insolita ac præter regionis consuetudinem appareat sterilitas, extrinsecus eveniens, quæ & vis major ac vis divina dici solet, *l. si merces* 25. §. *vis major* 6. *ff. h. t.* qualis est ex graculorum, sturnorum, locustarum edacitate, segetis immaturæ calamitate, ac labe, dum tempestatis imbriumve violentia confracti calami, ex quibus stant spicæ, non ultra succum nutritium transmittunt ad spicarum imperfectarum repletionem, *l. excepto* 18. *C. h. t. l. ex conducto* 15. §. *si vis tempestatis* 2. *ff. h. t.* uti &, si nives immoderatæ, ac contra tempestatis consuetudinem cadentes, frumenta corruperint, *l. fistulas* 78. §. *ult. ff. de contrah. emt.* si uredo fructum oleæ adusserit, vel fervore solis insueto id acciderit, *d. l.* 15. §. 2. *ff. h. t.* Vide *d' Instructie voor de Heeren van de Rekeninge de Domeijnen van Holl.* 27. *Martii* 1593. *art.* 95. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 732. si aquæ inundatione, fluminumque vi, aut hostium incursu, impedita fuerit agrorum cultura, satio, aut messis, *d. l. ex conducto* 16. §. 2. *ff. h. t.* Confer Abr. a Wesel *de remissione mercedis cap.* 6. *& cap.* 11. Contra quam statuendum esset, si vel ex ipsius rei vitio naturali sterilitas contigerit, veluti ex arborum ac vinearum vetustate *d. l.* 15. §. *cum quidam* 5. *ff. h. t.* vel bello fervente conductio agrorum facta sit, ut imminens a militibus hostibusque vastatio potuerit præviderı, arg. *l. qui bona fide* 13. §. *de illo* 6. *ff. de damno infect.* Wesel *de remissione mercedis cap.* 11. *n.* 1. 2. 3. 4. 5. vel culpa coloni, intempestiva cultura proventum fructuum impedientis, aut in universum negligentis culturam fundi, & ob id nil præter ea, quæ ex stipulis renata sunt, percipientis, *l. si merces* 25. §. *conductor*. 3. *ff.*

h. t. Abr. a Wesel *de remiss. mercedis cap.* 5. *num.* 16. *& seqq.* Quo & reducendum, si raucis, (vel ut alii legunt) erucis, aut herbis segetes corruptæ fuerint; quasi desidiæ coloni id damnum adscribendum sit, quod non herbarum inutilium evulsione, vermiumque collectione ac cæde promoverit uberiorem frumenti productionem, *d. l.* 15. §. 2. *ff. . h. t.* Sed & si post fructuum perceptionem ipsi fructibus a colono custoditis quid adversi acciderit, dum vinum acuit aut effluxit, frumenta in horreis corrosa, ab exercitu prætereunte per lasciviam ablata sunt, aliterve perierunt, coloni potius quam domini fundi id damnum foret: cum colonus jam fructuum dominus effectus sit, ac res suo pereat domino sibique colonus imputare debeat, quod non venditione magis festinata periculum illud a se amolitus sit, sed lucelli forte majoris intensiorisque pretii spe diutius penes se perceptos voluerit fructus servare, ac æquum sit penes eum damni metum esse, quem & aucti interim pretii commoda sequuntur, *d. l.* 15. §. 2. *vers. si tamen h. t.* arg. *l.* 1. *C. h. t.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 42. *defin.* 21. 22. 23. 46. Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 23. *num.* 13. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 37. *defin.* 20. Brunnemannus *ad l.* 15. *ff. h. t. num.* 7. 8. 9. Non etiam ob sterilitatem mercedis remissio facienda est, si non insolita sed modica, eaque pro regionis conditione non infrequens ex pluviis, nivibus, aut aliis causis similibus sterilitas appareat. *d. l. si merces* 25. §. *vis major* 6. *ff. h. t. Instructie voor de Heeren. van de Rekeningen der Domeijnen van Holland.* 27. *Martii* 1593. *art.* 95. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 732. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 31. Nec, quoties ea lege quis fundum locavit, *ut etiamsi quid vi majore accidisset, hoc ei præstaretur*, id est, præstaretur tamen locatori, quod mercedis nomine promissum est, *l. si quis domum* 9. §. *Julianus* 2. *ff. h. t.* junct. *l. fistulas* 78. §. *ult. ff. de contrah. emt.* *l. licet certis* 8. *C. h. t.* Confer Ant. Matth. *de auction. lib.* 2. *cap.* 5. *n.* 15. 16. 17. Abrah. a Wesel *de remissione mercedis cap.* 7. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 201. Vinnium *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 1. Carpzovium *defin. for. par.* 2. *constit.* 37. *defin.* 17. Nec denique, in insolita præcedentium aut sequentium annorum ubertas anni sterilioris defectum suppleverit, adeo ut ne remissio quidem jam facta quicquam domino obfutura sit, quo minus integram exigat pensionem etiam anni illius, quo remisit. Plane si novissimus annus sterilis fuerit, & locator annorum superiorum sciens ubertatem conductori concesserit anni ultimi sterilis intuitu mercedis remissionem, rata ea manebit, nec ultra debet locator ad computationem vocari, *l. ex conducto* 15. §. *Papinianus* 4. *ff. h. t.* *licet certis* 8. *C. h. t.* Sed &, si non plurium annorum una locatio mercede una in fine locationis solvenda intercesserit, sed in annos singulos pensio, finito anno unoquoque præstanda promissa appareat, uti nunc fere apud nos passim fieri moris est; censent plurimi, nullam præsentis sterilitatis insolitæ cum annorum præcedentium aut sequentium ubertate insolita compensationem admittendam esse, sed anni cujusque proventum seorsim oportere spectari, quasi tunc tot separatim contractæ intelligi deberent locationes, quot sunt annis singulis cedentes ac præstandæ pensiones; atque ita anni quidem sterilis intuitu remissionem deberi, annorum vero reliquorum præcedentium aut sequentium lucrum immodicum colono non invidendum aut auferendum esse, Auctores hos refert & sequitur Abr. a Wesel de *remissione mercedis cap.* 5. *n.* 17. *& seqq.* Sed vix est, ut opinio hæc in Hollandia probetur, repugnante lege provinciali, verbis apertis hanc præcedentium ac sequentium annorum uberiorum cum sterili compensationem præcipiente. *Instructie voor de Heeren van de rekeninge der Domeijnen van Holland* 27. *Mart.* 1593. *art.* 95. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 732. Plane extra sterilitatis insolitæ casum ubertas, utcunque maxima & humanam superans expectationem, ac ex quacunque proveniens causa, invidenda colono non est, nec ob id major per eum præstanda merces; tum quia *lucrum immodicum ei haud auferendum* esse Gajus scripsit *l. si merces* 25. §. *vis major* 6. *ff. h. t.* auferretur autem, si merces augenda foret; tum quia ne publicanis quidem, qui vectigalia a fisco conducta habent, pensionis majoris solvendæ necessitas imponitur, si maximos fructus ex redemtione vectigalium consecuti sint, licet in multis privilegiata sit fisci causa, sed tantum jure singulari conductionem eandem in futurum pensionibus prioribus suscipere compelluntur, quoties vectigalia nequeunt iterum tanti elocari, *l. cotem* 11. §. *ult. ff. de publican. & vectig. & commiss.* Nec obstat *l. hi, quos* 2. *C. de alluvionibus*, quippe quæ non de ubertate fructuum, sed agri ipsius incremento tractat, nec de pensione, sed de tributo, onere illo reali pro aucta agri mensura augendo, uti ex adverso minuitur tributum illis, qui ex fluminis edacitate suum deplorant patrimonium diminutum, *d. l.* 2. Pinellus ad *l.* 2. *C. de rescind. vendit. par.* 1. *cap.* 3. *n.* 34. 35. Wesel *de remiss. mercedis cap.* 5. *n.* 19. 20. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 5. *n.* 19. dissent. ex parte Gomezius *var. resol. tom.* 2. *c.* 3. *n.* 18. *in fine*, & plures antiquiores interpretes.

25. Quando autem sterilitas insolita dici debeat, an, cum ne dimidium quidem mercedis ultra pretium seminis ac impensarum in fructu est; an magis, cum collato semine, expensis, ac pensione integra, conductor supra dimidium læsus reperitur, vix pro regula tradi potest; magisque est, ut ejus rei tanquam in jure non definitæ, æstimatio judicis æqui arbitrio relinquatur. Confer Christinæum *vol.* 3. *decis.* 110. *num.* 14. Menochium *de arbitrar. judic. lib.* 2. *casu* 76. Gomezium *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 3. *n.* 18. Mozzium *de contract. cap. de accidental. locat. & conduct. n.* 10. *& seqq.* Ant. Fabrum *Cod. lib.* 4. *tit.* 42. *defin.* 3. Mascardum *de probation. conclus.* 1340. verbo, *sterilitas.* Abr. a Wesel *de remiss. mercedis cap.* 5. *n.* 1. 2. 3. Carpzovium *defin. for. p.* 2. *const.* 37. *defin.* 11. Brunnemannum *ad l.* 15. *ff. h. t. n.* 12. *& seqq.* Dummodo meminerimus, primo quidem in insolitæ sterilitatis inquisitione omnes illius anni integrique prædii, non partium singularum diversa ferentium, fructus considerandos esse, nec insolitam intelligi sterilitatem, si cum decem agri jugera in satis essent, decem in vineis, solæ vineæ spem coloni fefellerint, sata proventum dederint solito uberiorem, aut vice versa: quippe quo casu magis messis ubertas cum vindemiæ sterilitate compensanda foret, velut unus anni totius fructus, arg. *l. si fundus* 8. §. 1. *ff. soluto matrim.* Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 42. *defin.* 47. Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib.* 5. *n.* 32. Giurba *observ.* 24. *n.* 13. aliique citati apud Abr. a Wesel *de*

remiss. mercedis cap. 4. *num.* 23. Secundo talem esse oportere insolitam sterilitatem, ut inde plus quam tolerabile damnum colonus senserit: unde si ob sterilitatem sic pretia fructuum intensa fuerint, ut ex paucis natis colonus vendendo tantundem redegerit, quantum vulgo ex modico fundi proventu, remissio haud facienda esset, cum nullam senserit ex sterilitate læsionem, arg. *l. si merces* 26. §. *vis major. ff. h. t.* Giurba *d. observ.* 24. *n.* 16. Quod si nulla quidem insolita sterilitas sit, sed ob abundantim aliunde advectorum, aut ob emtorum raritatem vilissimo fructus pretio distrahantur, colonum magis id quam fundi dominum gravare debet, cum illud non fructuum pendentium, sed jam perceptorum damnum sit, Gomezius, *var. resolut. tom.* 2. *cap.* 3. *n.* 18. *post med.* Brunnemannus *ad l.* 15. *ff. h. t. num.* 19. Wesel *de remiss. mercedis cap.* 5. *n.* 25. Nec remissio mercedis, per unum ex vicinis facta, mox reliquos ejusdem viciniæ dominos obligat ad faciendam similem mercedis remissionem, *l. circa* 19. *C. h. t.*

26. Sunt insuper aliæ causæ, propter quas aut nulla aut minor præstanda est merces; veluti, si vel ante tempus conductor expulsus fuerit, quem sæpe præter futuri temporis liberationem a mercede, amplius id quod interest petere posse, supra expositum, vel statim ab initio locator conductori usum rei locatum non præstiterit, licet postea cum res integra esse desiit, conductori patientiam fruendi præstare paratus sit; eo quod sera est patientia fruendi, quæ offertur eo tempore, quo frui colonus, aliis rebus illigatus, non potest, *l. si in lege* 24. §. *colonus* 4. *ff. h. t.* Idemque est, si longe majorem locator dixerit agri modum esse quam qui re ipsa præstitus fuit; in quantum pro rata minoris quantitatis ad usum concessæ diminuenda quoque merces est; maxime, si locator veri modi scientiam habuerit, licet tunc clausulam de non præstanda quantitate expressa subjunctam ponas, exemplo eorum, quæ de errore circa quantitatem in emtione tradi solent. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 150. & *part.* 4. *consil.* 270. Adde *tit. de contrah. emt. n.* 7.

27. Sed &, si per eum, qui operas elocaverat, steterit, quo minus eas præstet, minuenda merces pro rata temporis, quo præstitæ non sunt; nisi is, cui operæ debitæ debitorem operarum invitum ad operas tempore statuto præstandas cogere latius ducat. Ex eoque fundamento est, quod si quis opificii vel artificii discendi causa sese in certum tempus addixerit artifici, priorum scilicet annorum imperitiam annorum postremorum peritia pensaturus, ac jam in arte provectus alteri ante locationis prioris finem suas operas locaverit, liberum priori sit discipulum talem ad temporis præfiniti finem usque in suum artificium ac ministerium revocare. *Placit. Ordin. Holl.* 2. *Sept.* 1597. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 513. Quod & de famulis ac ancillis intempestive recedentibus, aut operas alteri immature addicentibus, variorum locorum statutis cautum, vel usu firmatum est; nisi nuptiarum causa ante tempus migrare festinent. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 2. & *lib.* 4. *cap.* 22. *n.* 11. Aliter hæc obtinent, si per eum, cui operæ præstandæ, factum sit, ut non præstentur, arg. *l. jure civili* 24. *ff. de condit. & demonstrat.* Qua ratione nauta mercedem integram potest exigere, si navigare non potuerit ob id quod mercium dominus vectigal non solverat, & ita merces ex causa commissi fisco vindicatæ fuerunt, *l. pen.* §. *navem* 1. *ff. h. t.* vel navigatio absoluta quidem sit, sed irrito eventu, dum culpa aut voluntate conductoris merces aliunde advehendæ impositæ non sunt. Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 20. *num.* 1. 2. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 9. & 72. (*vel* 73. *pag.* 250.) vel denique statim ab initio conductor merces nullas imposuerit navigio conducto: quo tamen casu si magister, facta prius protestatione, alio navigaverit quæsitum merces transvehendas, redactum inde naulum cessurum in exonerationem primi conductoris, qui merces non imposuerat, tradit Weytsen *tract. van Avarye fere circa finem*, vers. *bieromme*, & versu *maar in cas*, eoque faciunt tradita *n.* 22. *h. t.* & sequentib. *hoc num.* Quod si ob supervenientem casum fortuitum operæ præstitæ non sint, videndum, utrum casus ille contigerit ex parte ejus, cui opera præstanda, an ex parte illius, qui earundem in se receperat præstationem. Si ex ejus latere, qui operas conduxerat, dum is forte mortuus est, integra totius temporis & operæ solvenda merces, nisi medio tempore operam locator alteri elocasset, *l. sed addes* 19. §. *pen. & ult. l. qui operas.* 38 *ff. h. t.* arg. *l. ult. pr. ff. ad leg. Rhod. de jactu.* Sin ex parte locatoris, dum is morte præventus vel aliter inhabilis effectus operam promissam adimplere non potuit, non nisi pro rata operæ præstitæ merces est debita, si modo opera pro parte præstita utilitatem conductori attulerit, ut id in famulorum, ancillarum, mercenariorum operis plerumque fit, arg. *l. si operis domum* 9. §. *hic subjungi* 1. *in fine*, *sed addes* 19. §. *si quis*, *cum* 6. *ff. h. t.* uti & in navibus in certum tempus conductis, si onus impositum ad loca destinata pertulerint, iterumque novis onustæ mercibus perierint; quod turba mercatorum firmatum vide Resp. Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 147. Quin imo, si modico tantum temporis spatio famuli aut ancillæ valetudine impediti non per omnia operas promissas impleverint, non statim ob id defectionem ex mercede eorum facere oportet, arg. *l. habitatores* 27. *pr. ff. h. t.* eoque pertinet illud Pauli Jurisc. qui agens de servo, cui libertas legata erat, *si heredi anno uno servisset*, ait, etsi quibusdam diebus aut valetudo aut alia justa causa impedimento fuerit, quo minus serviat, tamen & hoc anno imputandos esse; servire enim nobis intelligi etiam hos, quos ægros curamus, qui cupientes servire, propter adversam valetudinem impediuntur, *l. cum heres* 4. §. *Stichus* 9. *ff. de statuliberis.* Plane si opera ex parte tantum præstita nullum conductori emolumentum adferre potuerit, nulla quoque mercedis exactio competit. Hic cum nauta, amissa nave, munere vehendi functus non esset, eum vecturam non petere, &, si prorogatum accepisset, reddere debere, idque in omnibus personis similiter observandum esse, ab Antonino rescriptum est *l. ex conducto* 15. §. *item cum quidam* 6. *ff. h. t.* licet operam eandem postea rursus offerant implendam, arg. *l. si in lege* 24. §. *colonus* 4. *ff. h. t.* Confer Neostadium *Curiæ supr. decis.* 32. Si tamen ex naufragio merces quædam salvatæ sint, moribus hodiernis naulum earum pro rata itineris emensi nautæ solvendum foret, ipsisque etiam sociis nauticis, quorum vigilantia res salvatæ, præmium salvationis; adeo ut & mercium retentio pro utroque consequendo tributa sit. *Zee-Reten van*

Kon. Philippus ult. Octobr. 1563. tit. van Schipbrekingen art. 12. vol. 1. placit. Holl. pag. 816. Ze rechten van Keyser Carel 19. Julii 1551. art. 40. d. vol. 1. pag. 792. Artickel. Bries van de Oost. Indische Compagnie 8. Martii 1658. art. 42. vol. 2. placit. Holl. pag. 1288. 1289. Hugo Grotius manud. ad jurisprud. Holl. libr. 3. cap. 29. n. 3. & seqq. Respons. Jurisc. Holl. part. 2. consil. 153. quaest. 2. Jacobus Coren observat. 24. Ant. Matthaeus de auction. libr. 1. cap. 19. n. 58. Quod si ex neutrius latere impedimentum fuerit, sed publica auctoritate praestatio operarum, aut navigio ex conventione instituenda, impedita sit, si quidem impedimentum illud intervenerit statim ab initio ante coeptam navigationem, neuter alteri ex tali contractu obstrictus manet, nisi ad id, ut impensas jam factas simul ferant, l. ult. §. 1. ff. ad leg. Rhod. de jactu, Zee-Rechten van Keysor Carel art. 36. vol. 11. pl. Holl. 792. van Kon. Philippus tit. van Schippers en Koopluyden art. 4. d. vol. 1. pag. 8 7. Neostadius Curiae supr. decis. 15. Grotius manud. ad jurisprud. Holl. libr. 3. cap. 20. n. 4. 5. Respons. Jurisc. Holl. part. 1. consil. 210. quod repetitum part. 4. consil. 87. adeo ut neque poena debeatur, si quae promissa sit. Placit. Ordinum General. 25. Aprilis 1665. vol. 3. placit. Holl. pag. 294. in fine, neque postmodum, cessante impedimento publico, navigare nauta tenetur, nisi nova interposita conventione, eo quod semel resoluta obligatio non nisi duorum voluntate redintegrari potest. Neostadius d. decis. 15. Si vero post coeptam & ex parte absolutam navigationem demum supervenerit publica prohibitio, iterum ex jure nostro nautico distinguendum est. Si enim navis conducta sit, ut hinc solvens, merces alibi recipiat huc aut aliorsum devehendas, & in ipso mercium recipiendarum loco auctoritate magistratus easdem suscipere prohibeatur, integra merces debita est, quoties nullam a magistratu prohibente mercedem nauta consecutus est. Zee-Rechten van Keyser Carel art. 35. d. vol. 1. pag. 791. Zee-Rechten van Kon. Philippus tit. van Schippers en Koopluyden art. 2. d. vol. 1. pag. 806. Sed si, cum jam in peregrina regione navis esset, id actum fuerit, ut inde ad alium naviget locum onus suum ibi exceptura, postquam autem jam eo appulisset, mercium impositioni aut transvectioni magistratus loci illius intercedat citra culpam nautae vel mercatoris, dimidiatae mercedis solutionem fieri oportere constitum est, Zee-Rechten van Kon. Philippus tit. van Schippers en Koopluyden art. 3. vol. 1. pl. Holl. pag. 806. 807. Grotius d. libr. 3. cap. 20. num. 2. 3.

28. Illud circa mercedis praestationem praetermittendum non est, cogendos haud esse praediorum conductores ad mercedem locatori iterato solvendam, si eam hostibus, ea regione ad tempus potitis, bona fide ac sine collusione solvere compulsi sint, nec ante hostilem occupationem in mora solvendi fuerint ex more regionis, arg. l. Paula Callinico 27. §. ult. ff. de legatis 3. Nec adversatur l. pen. ff. soluto matrimonio. Quod enim Liciniae Gracchi uxori dotem, quae in ea perierat seditione in qua Gracchus occisus erat, restitui oportere Publius Mucius respondit, id eo nititur fundamento, quod maritus in dote, dolum & culpam praestare debeat; Gracchi autem culpa seditio illa facta erat, d. l. pen. Minus obest, quod Papinianus scripsit, eum, qui vecturas navium & pensiones insularum, quas dominus locaverat, praedoni solvit, hoc ipso non liberari, l. si urbana 55. ff. de condict. indeb. cum praedo illic accipiatur pro malae fidei possessore, qui privatus est, ac neque vi coegit ad solvendum, neque, si vi compulisset, ullo id fecisset jure: contra, quam est in hostibus, qui belli jure ex jure gentium muniti, & per hoc a praedonibus etiam publicis distincti sunt, l. hostes hi sunt 118. ff. de verb. signif. l. hostes sunt 24. ff. de captiv. & postlim. Matth. de Afflictis decis. 150. Ant. Faber Cod. lib. 4. tit. 42. defin. 33. Responsa Jurisc. Holl. par. 1. consil. 217. Ant. Matthaeus de auction. lib. 2. cap. 6. num. 14. 15. Vide tamen placitum ordinum General. 6 Julii 1673. vol. 3. placit. Holl. pag. 249.

29. Caeterum non mercedem tantum actione locati locator persequitur, sed & damna, quae rebus locatis per dolum latam levemve culpam conductoris illata sunt; quippe quam a conductore praestari placuit, eo quod utriusque utilitas in hoc contractu vertitur, l. si, ut certo 5. §. nunc videndum 2. ff. commodati, l. contractus quidam 23. ff. de reg. jur. Proinde, si is fundum intempestiva cultura, si arbores, si vites operis rusticis imperite aut non suo tempore factis deteriores reddiderit, si villarum, horreorum, aquaeductuum curam neglexerit, atque ita haec & alia similia corrumpi passus sit, locatori obstrictus erit, l. si merces 25. §. conductor 3. ff. h. t. Idemque est, si praedii conducti usum immutaverit sine locatoris voluntate, domum forte ad jumentorum stationem & stabuli usum convertendo, ex pascuis novalia, ex pomariis pascua faciendo, arbores frugiferas exscindendo, villam diruendo, viridaria vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amoenas dejiciendo, ut horti olitorii fiant, vel aliud quid quod ad reditum spectat, arg. §. pen. Instit. h. t. d. l. 25. §. ipse quoque 5. ff. h. t. junct. l. si cujus rei 13. §. fructuarius 4. & §. ult. ff. de usufructu & quemad. quis utat. Responsa Jurisc. Holl. par. 1. consil. 215. & par. 3. vol. 1. consil. 18. Leeuwen cens. for. par. 1. lib. 4. cap. 22. num. 13. Sed & alia plura sunt, quae culpae adnumerata, vel conductor usus vel locator operarum praestare debeat, veluti si quis mulas conductas onere nimio imposito ruperit, l. qui insulam 30. §. qui mulas 2. ff. h. t. si cisiarius seu carrucarius, dum ceteros praeterire contendit, cisium evertat, & mercibus aut viatoribus damnum det, l. item quaeritur 13. pr. ff. h. t. si navicularius fervente tempestate e portu solverit, aut in navem minus idoneam merces transposuerit, d. l. 13. §. 1. ff. h. t. si magister sine gubernatore navem in flumen immiserit, & cum orta tempestate temperare non posset, eam cum mercibus amiserit, d. l. 13. §. 2. ff. h. t. si fullo pallia polienda permutaverit, aut ea mures roserint, vel cum rerum mobilium qui conduxisset usum, res aliorum aliis restituerit, d. l. 13. §. si fullo 6. ff. h. t. Factum quoque tertii toties ad culpam conductoris pertinet, quoties is suis inimicitiis aut alio simili modo causam isti facto praebuit, l. si merces 25. §. culpa autem 4. ff. h. t. arg. l. pen. pr. ff. soluto matrimonio, ve praecavere potuit, & rem ita custodire, ne alius in ea damnum det, l. videamus 11. §. item 2. l. sed de damno 41. ff. h. t. arg. l. item quaeritur 13. §. exercitu 7. ff. h. t. l. lectos 12. 13. 14. ff. de peric. & comm. rei vend. Mascardus de probation. conclus. 894. verbo, incendium num. 16. 23. 24. Sande decis. Fri ric. libr. 5. tit. 7. defin. 2. Hugo Grotius manud. ad juris-

prud. Holl. libr. 3. *cap.* 19. *n.* 34. 35. Longum esset, omnia recensere, quæ & in hoc titulo & sparsim in jure ad culpam in hoc contractu præstandam relata occurrunt, quæ & ex parte *in tit. de lege Aquilia*, excussa jam sunt.

30. Illud monuisse suffecerit, culpæ levissimæ nullam in hoc contractu præstationem esse, nisi quis eam pacto in se receperit, aut pro custodia mercedem acceperit, *l. qui mercedem* 40. *ff. h. t.* aut artificium professus sit, *l. si quis domum* 9. §. *pen. ff. h. t.* Grotius *d. libr.* 3. *manud. cap.* 19. *num.* 36. *& seqq.* Unde si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, ex quibus deinde vinum effluxit, tenetur in id quod interest, nec ignorantia ejus excusata est, *l. sed addes* 19. §. 1. *ff. h. t.* & si gemma includenda aut insculpenda data, ac confracta sit, non aliter is, qui id in se recepit, securus erit, quam si absque ulla ejus imperitia, solo materiæ vitio, id ipsum acciderit, *d. l. item quæritur* 13. §. *si gemma* 5. *ff. h. t.* Similiter qui columnam transportandam conduxit, si ea dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum præstat, si qua ipsius eorumque, quorum opera utitur, culpa acciderit, culpa autem abest, si omnia facta sint, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idemque intelligimus & si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit; quod & ad alias res transferri potest, *l. si merces* 25. §. *qui columnam* 7. *ff. h. t.* Quæ iniqua videri non debent, cum affectare quisque non debeat id, in quo vel intelligit vel intelligere debeat, imperitiam suam aliis periculosam futuram esse, *l. idem juris est* 8. §. 1. *ff. ad leg. Aquil.*

31. Quod si casu fortuito res, circa quam locatio conductio concepta est, perierit, domino perit, nisi aliter periculum quoque in se receperit, *d. l.* 13. §. *si gemma* 5. *ff. h. t.* vel nisi dominus probet, casum ex concurrente conductoris culpa profluxisse, arg. *d. l.* 13. *pr.* §. 1. 2. *ff. h. t.* Gomezius *var. resolut. tom.* 2. *cap.* 3. *num. ult.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 26. *defin.* 19. Imo si alienæ materiæ novam formam artifex addiderit, certa mercede constituta, & antequam novam speciem perfecisset aut jam perfectam domino materiæ in nulla mora posito restituisset, ea penes ipsum incendio, furto, aliove simili infortunio extra culpam ejus contingente perierit, domino quidem materiam quam dederat, artifici vero operæ pretium perire, æquum videtur, arg. *l. opus, quod aversione* 36. *ff. h. t.* Resp. Jurisc. Hollan. *part.* 1. *consil.* 214. quod repetitum *pars* 4. *consil.* 70. Nec recte his objiciatur, ad id, interitus rei, ex rei ipsius vitio contingens, artificem non gravet, pacto speciali opus esse, *l. si servus* 27. §. *si calicem* 29. *ff. ad Leg. Aquil.* Novum enim non est, ut pacto caveantur & ea, quæ jure communi cauta sunt, dum vel juris illius imperiti sunt contrahentes, vel omnia tuta timent: ac hisce quoque pactionem in *d.* §. 29. propositam accenseri oportere; vel ex ipsa lege manifestum est, dum dicitur, artificem, *si non imperitia fregit*, *posse excusatum esse*. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 2. *cap.* 10. *num.* 16.

32. Tendit denique locati actio ad id, ut finita conductione res in eodem statu, quo data, restituatur, *l. cum conductorem* 29. *C. h. t.* quo non facto, propter rem quidem mobilem adversus conductorem in litem juratur, *l. si cui locaverim* 48. §. 1. *ff. h. t.* propter immobilem vero, si usque ad sententiam restituere detrectet, ad rem simul & æstimationem ejus reddendam condemnatur, tanquam invasor alienæ possessionis, *l. pen. C. h. t.* Quod & nostris moribus firmatum est, in quantum post litem contestatam præter fundum & litis impensas dimidium pretii, post sententiam vero totum pretium & id quod interest, reddere domino tenetur, si in ære non habeat, in pelle luiturus. *Edict. Caroli V.* 22. *Januar.* 1515. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 36. *& seqq. Politic. Ordonnantie van Holland. ann.* 1580. *art.* 33. 34. *Placit. Ordin. Holl.* 26. *Sept.* 1658. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2515. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 34. Confer Wassenaar *pract. judic. cap.* 4. *num.* 52. & *cap.* 7. *num.* 1. *& seqq.* Neque hanc rei conductæ restitutionem objecta per conductorem dominii exceptio morari potest, etiamsi forte conductori facilis esset domini probatio, sed omnino possessionem prius reddere debeat, & tunc de proprietate litigare, maxime si non ordinaria hac locati actione, sed interdicto recuperandæ possessionis locator experiatur, *l. si quis conductionis* 25. *C. h. t.* Neostadius *curiæ supr. decis.* 87. Groenewegen ad *d. l.* 25. *C. h. t.* Wassenaar *pract. judic. d. cap.* 7. *num.* 10. Tertium tamen per motam de dominio controversiam intercedere posse, ne locatori res restituatur, verius est; nostris præsertim moribus, quibus probatum sistendi seu arrestandi jus. Vide Ant. Fabrum *C. lib.* 3. *t.* 22. *defin.* 8. Quid, quod nec pro impensis & meliorationibus in rem conductam factis retentio conductæ rei invito locatore fieri potest, si modo is idoneam obtulerit cautionem de reddendis iis, quæ ex conventione vel lege aut more regionis restitui oportere judicatum fuerit, *Placit. Ordinum Holl.* 26. *Sept.* 1658. *art.* 10. *& seqq. vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2518. Sande *de probibita alienat. part.* 3. *cap.* 8. *num. ult. & ibi plures citati.* Wassenaar *pract. jud. d. cap.* 7. *num.* 34. *& seqq. ad num.* 41.

33. Præter usum & operas, præcipua locationis objecta, etiam opus locari potest, ut scilicet interveniente artificis opera fiat, qui illud conducit seu redimit faciendum, etiam redemtor operis inde appellatus, *l. qui insulam* 30. §. *qui ædem* 3. *l. ea lege* 51. §. *locavi* 1. *l. cum in plures* 60. §. *lege dicta* 3. *ff. h. t. l.* 1. *ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contrah. l. si ventri* 24. §. *divus* 1. *ff. de reb. auctor. jud. possid. vel vend.* Licet & alio sensu redemtores dicantur, qui certum vectigal aut tributum, veluti portorium pro transitu pontis, exigendum conduxerunt, *l. cum in plures* 60. *ff. h. t.* aut frumentum aliaque similia de loco in locum transferenda, *l. si hi qui* 14. *C. h. t.* Ac in hac operis locatione conductor mercedem accipit, locator dat; cum alioquin in usus aut operarum locatione locator accipiat mercedem, conductor præstet, *l. ea lege* 51. §. 1. *l. cum in plures* 60. §. *mandavi* 4. *ff. h. t.* quamvis & illud verum sit, conductorem operis simul dici posse locatorem operæ, in quantum artifex, qui insulam ædificandam aut quid simile faciendum conduxit, operam suam elocat, id est, faciendi necessitatem, *l. item si prædio* 22. §. *cum insulam* 2. *ff h. t.* Atque hinc est, quod Marcellus disputans de *conductore* pluribus *locante*, an singulos in solidum convenire possit; eum *conductorem* appellat, quia opus a pluribus redemerat faciendum, & eundem tamen *locasse* scribit, in quan-

tum operis conductio includit operarum locationem, *l. cum apparebit* 47. *ff. h. t.*

34. Elocatur autem opus faciendum vel aversione, vel in pedes mensurasve, vel in dies singulos constituta mercede, *l. qui insulam* 30. §. *qui aedem* 3. *l. opus* 36. *l. ea lege* 51. §. *locavi* 1. *ff. h. t.* Potestque is, qui opus faciendum in se recepit, vel per se vel per alium, quem suo substituit loco, illud perficere, vel alteri rursus sublocare, *l. si cui locaverim* 48. *ff. h. t. stipulatio ista* 38. §. *si quis insulam* 21. *ff. de verbor. obligat.* arg. *l. quisvis censibus* 16. *C. de episcop. & clericis*, quo casu redemtor primus ex substituti, perperam opus adimplentis, culpa tenetur; cum culpa non careat, quod alteri minus perito minusve diligenti opus conductum commiserit perficiendum, *arg. l. vel per literas* 2. §. 1. *ff. si mensor fals. mod. dixerit*, *l. ad similitudinem* 21. *C. de episcop. & clericis*, §. *ult. Instit. de curatoribus*. Non tamen opera vicaria in opere conducto admissa est, si specialiter inter locatorem ac redemtorem actum fuerit, ut is *suis operis* illud perficiat; cum longa inter artifices differentia sit & ingenii, & naturae, & doctrinae, & institutionis, *l. inter artifices* 31. *ff. de solution.* Uti nec, si quis per testatorem legato vel institutione honoratus, opus facere jussus sit, & appareat voluisse testatorem, ut per ipsum opus illud fiat, *l. fideicommissa* 11. §. *ult. ff. de legatis*, 3. Idemque est, si constiterit, in opere elocando certae personae industriam electam esse, quae non ita in aliis reperitur, aut saltem ex locatoris aestimatione & affectione quodammodo dependet; veluti, cum quis Apelli aut Parrhasio picturam mandasset faciendam: non enim eandem in alterius pictoris surrogati opus affectionem artis istius cultoribus ac miratoribus surgere solere, palam est, Andr. Gayl. *libr.* 1. *observat.* 97. *n.* 3. *& seqq.* Menochius *de praesumt. libr.* 6. *praesumt.* 92. Perezius *Cod. h. t. num. locari quoque* 11. Ant. Matthaeus *de obligat. disput.* 21. *thes.* 6.

35. Ceterum in operis locatione varia veniunt consideranda, puta probatio vel improbatio ejus, periculum, locus & tempus ubi ac intra quod illud perficiendum est, ac denique operis locati intuitu solvenda merces. Probationem quod attinet, ea vel a locatoris vel a tertii arbitrio pendere potest. Ipsius locatoris aut heredis ejus arbitratu fit, si inter contrahentes id actum fuerit; quo casu non aliud censetur conventum, quam ut conductor in opere perficiendo sequatur praescriptum locatoris, arbitrio viri boni; sic ut locator opus improbare nequeat, ubi quisque bonus illud probaturus fuisset, tanquam secundum locatoris voluntatem factum, *l. si in lege* 24. *pr. ff. h. t. l. si libertus* 30. *ff. de operis libert.* junct. *l. in personam* 22. §. 1. *ff. de reg. juris.* Unde &, si domus facienda locata fuerit, lege dicta, *ut probatio locatoris aut heredis ejus esset*, ac redemtor ex voluntate locatoris quaedam in opere permutasset, responsum a Labeone, opus quidem ex lege locationis non videri factum, sed quoniam ex voluntate locatoris permutatum esset, redemtorem absolvi debere; tanquam qui ex viri boni judicio opus secundum locatoris praescriptum implevit, *l. cum in plures* 60. §. *lege dicta* 3. *ff. h. t.* Quibus non obstat, quod conferri nequeat in emtoris arbitrium pretii determinatio, *l. quod saepe* 35. §. 1. *ff. de contrahend. emt.* Considerandum enim, in debitoris quidem aut creditoris arbitrium conferri posse, quid, quale, quantum praestandum sit, si modo subsit efficax obligatio ad aliquid praestandum, sic ut eo casu arbitrium debitoris aut creditoris pro viri boni arbitrio accipiendum sit, *l. si societatem* 6. *ff. pro socio*, *l. si quum ea* 3. *C. de dotis promiss. l. si libertus* 30. *ff. de operis libert.* arg. *l. in personam* 22. §. 1. *ff. de reg. juris*, *l. haec venditio* 7. *ff. de contrab. emt.* Posse etiam in creditoris arbitrium conferri, an sibi velit deberi, nec ne; qua ratione subsistit legatum sub illa datum conditione, si legatarius voluerit, *l. si ita expressum* 69. *ff. de condit. & demonstrat. l. si ita legatum* 65. §. *illi* 1. *ff. de legatis* 1. & venditio probata est, *ut Stichus tibi sit venditus aureis tot, si intra certum diem tibi placuerit.* §. *pen. Instit. de emt. vendit. l. si res ita* 3. *ff. de contrab. emt.* uti & illa, qua res ad gustum vendita est, in quantum emtori licet post degustationem improbare, *l. si in emtione* 34. §. *alia causa* 5. *ff. de contrab. emt.* quibus in casibus emtor, rerum ex venditione tradendarum creditor, definit, an sibi eas velit ex emto debitas, nec ne. Contra vero, in arbitrium debitoris, conferri non posse, an velit obstrictus esse, nec ne, *l. haec venditio* 7. *ff. de contrab. emt. l. arbitraria* 2. §. *Scaevola* 2. *ff. de eo quod certo loco*, *l. stipulatio* 17. *ff. de verbor. obligat.* Quo posito, non adversatur *d. l.* 35. §. 1. *ff. de contrab. emt.* quippe in qua emtor erat debitor pretii suo arbitrio determinandi, & poterat non determinando efficere, ne debeat; cum ex adverso hic locator sit creditor operis illius, quod suo arbitrio probaturus est.

36. Arbitrio tertii fit operis probatio, cum virboni judicio aestimatur operis qualitas, an conventio, ni inter locatorem & conductorem factae respondeat, nec enim ille de tempore, intra quod perficiendum erat opus, sed tantum de bonitate ejus judicium ferre debet; adeo ut nec tempus, contractus lege definitum, coarctare arbitrio suo possit, aut prorogare, nisi & hoc ipsum lege comprehensum sit, *l. si in lege* 24. *pr. ff. h. t.* Et huic tertii arbitratui standum erit, nisi is inique arbitratus sit, aut dolo redemtoris opus probaverit, quod alioquin vere improbandum esset. Nam si, non interveniente redemtoris dolo, arbitrium manifeste iniquum arbiter interposuerit, illud judicio bonae fidei corrigendum foret, *l. unde si Nerva* 79. *ff. pro socio.* Sin per dolum redemtoris secuta fuerit probatio operis, irrita habetur, perinde ac si opus a tertio probatum haud fuisset, *d. l. si in lege* 24. *pr. ff. h. t.* Quod si tertius ille vel nolit, vel morte, furore aliterve impeditus, non possit opus perfectum probare, non ideo inutilis erit locatio operis quasi deficiente contractus conditione. Quamvis enim locatio aut venditio nulla intercessisse intelligatur, si tertius, cujus arbitrio mercedis vel pretii determinatio commissa fuit, haud arbitretur, *l. merces* 25. *pr. ff. h. t. in fine Instit. de emt. & vendit. l. ult. C. de contrab. emt.* tam ad hanc operis probationem id transferendum non est; cum locatio ac emtio ob non definitum ab arbitrio pretium deficiat in sui substantia, *quasi nulla mercede nulloque pretio constituta*, ut habent verba *d. l.* 25. *pr. ff. h. t. d. l. ult. C. de contrab. emt.* atque insuper censeatur non pure sed sub conditione contracta esse; qua conditione deficiente totam quoque obligationem ex contractu deficere, necesse fuit, *d. ll.* At cum opus ar-

bitrio tertii probandum locatur, puta locatio est, ac statim ab initio tum merces tum opus, certa lege faciendum, consensu mutuo determinatum apparet; neque in sui deficit substantia ante factam a tertio probationem, sed tantum circa contractus pure celebrati ac perfecti implementum, an nempe secundum legem conductionis opus perfectum sit, arbitrium tertii occupatum est: quale arbitrium in omnem eventum ad judicem pertinuisset, si nullus tertii arbitrium circa probationem operis fuisset electum, & conductore mercedem petente, locator exciperet, non ex lege locationis opus factum esse. Ut proinde in casu nostro, si tertius opus nec probet nec improbet, judicis æstimatio esse debeat, an per operis redemtorem legi conductionis satisfactum sit. Eo fere modo, quo & pater, qui vel suo vel tertii arbitratu se dotem genero daturum promisit, etiam arbitrio tertii deficiente congruam dare dotem compellitur pro modo facultatum suarum ac mariti dignitate, quia etiam arbitrio omni detracto efficax fuisset promissio patris, utpote citra tale arbitrium ad dotem filiæ constituendam obstricti, *l. cum post divortium* 69. §. *gener* 4. *ff. de jure dot.* junct. *l. capite trigesimo quinto* 19. *ff. de ritu nupt. l. ult. in med. C. de dotis promiss. l. si filiæ* 43. *ff. de legatis* 3. *l.* 1. §. 1. *ff. de legatis* 2.

37. Circa periculum operis distinguendum inter opus per aversionem locatum, & illud, cujus faciendi locatio in pedes mensurasve concepta est. Si per aversionem, ad conductorem spectabit operis periculum donec illud a locatore approbatum fuerit, quoties culpa conductoris vitiosum factum periit ante probationem, *l. ea lege* 51. §. 1, *l. ult. ff. b t.* sive merces una toti operi consummato constituta sit, sive id actum fuerit, ut in dies singulos certa merces redemtori operis penderetur; si modo universitas consummationis pertinuerit ad conductorem: nam si ideo in operas singulas merces constituta fuerit, ut arbitrio domini seu locatoris opus efficeretur, nihil de operis bonitate conductorem domino oportet præstare, *d. l.* 51. §. 1. *in fine ff. b. t.* Plane si non operis ipsius, sed soli vitio opus corruerit imperfectum ac necdum probatum, locatoris potius quam conductoris id damnum foret, *d. l. ult. ff. b. t.* junct. *l. si fundus quem* 33. *pr. ff. b. t.* Quod si casu fortuito, veluti incendio, terræ motu seu insolito terræ tremore ac concussione & generaliter *vi majore* seu *vi divina*, opus consumtum sit, si quidem tale jam opus fuerit, ut probari deberet, ad locatorem id detrimentum pertinet, nisi aliud actum sit, *l. opus quod aversione* 36. *in fine*, junct. *l.* 37. *ff. b. t.* si vero imperfectum, ut necdum probatio ejus desiderari potuerit, magis ad ipsius conductoris periculum is casus spectat, arg. *d. l.* 37. *ff. b. t.* Quo facit, quod, si quis insulam sibi fieri stipulatus sit, aut heres ad eam legatario ædificandam damnatus fuerit, ac, cum aliqua pars insulæ facta esset; ea incendio consumeretur, definitum fuit, integrum ei, qui ad eam extruendam obligatus erat, tempus concedendum rursus esse, quo insula tota fieri possit, antequam cum eo ad id quod interest, opus præstitum non esse, agi debeat, *l. & ideo bæsitatur* 15. junct. *l.* 14. *ff. de verbor. oblig.* qualis integri temporis concessio supervacua foret, si non ex integro post tale incendium ad opus totum perficiendum obstrictus esset, cui vel ex conventione vel ex testatoris voluntate domus extruendæ necessitas imposita est. Nec huic contrarium est Javoleni responsum, cum ait: *Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat, deinde operis parte effecta, terræ motu concussum erat ædificium. Masurius Sabinus, si vi naturali, veluti terræ motu, boc acciderit, Flacci periculum esse*, adeoque locatoris, *l. Marcius domum* 59. *ff. b. t.* Non enim illic per *terræ motum* denotatur insolita illa terræ concussio, qua & montes subsidere, & domus ruere, & alia natura miranda fieri constat, in cujus causas prolixissime inquirit Seneca *Quæstionum naturalium lib.* 6. *cap.* 4. *& multis seqq. usque ad finem*, sed potius terræ levioris seu mollioris subsidentia, qua cedit oneri graviori imposito, cui ferendo par non est, adeoque *vitium illud soli*, cujus meminit Jurisconsultus Labeo, in *l. ult. ff. b. t.* & Gajus, cum ait, fructuarium jure desiderare, sibi caveri per proprietarium de vitio soli, uti dominus proprietatis vicissim cautionem exigit de vitio operis, si quid fructuarius ædificet, *l. inter fructuarium* 20. *ff. de damno infecto*, ex quo soli vitio etiam superveniens operi damnum ad locatorem pertinere, jam supra adstructum ex *d. l. ult. ff. b. t.* Non sane damnum ex omni terræ motu ad Flaccum pertinuisse, sed ex eo, qui *vi naturali* contingit, a Javoleno in *d. l.* 59. *ff. b. t.* scriptum fuit; id vero fit, si inædificata, pondere suo terram subjectam prementia, eandem moveant, promoveant, ac gravitati suæ faciant cedere: unde & *loci palustris aut arenosi naturale vitium esse*, Ulpianus tradidit *l. fluminum publicorum* 24. §. *sed ut ne* 2. *ff. de damno infecto*, qualis terræ motus a vi naturali solique vitio proficiscens, nihil commune habet cum illa terræ motus specie, quæ fluminis, aut maris, aut tempestatis, aut incendii violentiæ conjungi, & quantum ad effectus juris exæquari solita, casibus plane fortuitis adnumeratur, & non ad vim *naturalem*, sed magis ad vim *divinam* pertinet, *d. l. fluminum* 24. §. *Servius* 4. *&* §. 5. *ff. de damno infecto*, quam & *vim majorem* Jurisconsulti dixerunt, *l. si merces* 25. §. *vis major* 6. *l. opus, quod* 36. *ff. b. t.* & vim magnam, *l. boc ita* 2. §. 1. *in fine ff. de peric. & comm. rei vend.* ac denique talem, quæ *contra consuetudinem* damnum infert, *l. fistulas* 78. §. *ult. ff. de contrab. emt.* junct. *d. l. si merces* 25. §. *vis major* 6. *ff. b. t.* Quod si non aversione, sed in pedes mensurasve, opus locatum sit, periculum a casu fortuito atque insolito descendens, eatenus locatoris est, quatenus opus ei per redemtorem jam admensum fuit, vel ejus saltem conditionis erat, ut admensurari pro parte potuerit ac debuerit, sed per locatorem stetit, quo minus pars operis admensa atque approbata sit, *d. l. opus, quod* 36. *ff. b. t.* cum placuerit, etiam imperfectum opus hoc casu oportere metiri, *l. qui insulam* 30. §. *qui ædem* 3. *ff. b. t.* In reliquis periculum operis, in pedes mensurasve locati, ad locatorem quandoque spectat, quandoque ad conductorem, secundum easdem distinctiones, quæ supra in opere per aversionem locato probatæ sunt, arg. *d. l.* 36. *ff. b. t.* Plane, si locator semel opus approbaverit, sive adversione sive in pedes mensurasve locatum, periculum omne mox ad locatorem probantem incipit pertinere, etiamsi postea ex operis ipsius vitio & culpa redemtoris collabatur, cum sibi suæque in probando facilitati id damnum imputare debeat: eodem modo, quo & is, qui fidejussorem facultatibus minus ide-

rem admisit tanquam opulentum, atque ita probavit, eundem postea reprobare nequit, aut, causata inopia ejus, alium ipsius loco surrogandum desiderare, *l. qui satisdare* 3. *in fine ff. de fidejussor. & mandator. l. si is, a quo* 3. §. *ult. ff. ut in possess. legat. vel fideic. serv. causa esse liceat.* Nisi dolo redemtoris locator ad operis vitiosi probationem inductus sit, arg. *l. si in lege* 24. *in fine principii ff. h. t.* Opere autem perfecto, at needum probato, locatorem totis quindecim annis de operis jam perfecti vitio queri posse, est in *l. omnes, quibus* 8. *C. de operibus public.* quam constitutionem, at generalius conceptam, de opere necdum probato accipi oportere, convenienter generalibus juris anterioris fundamentis, recte traditum ab Ant. Matthæo *de auct. lib.* 2. *cap.* 10. *num.* 18. Generaliter interim circa hanc operis locationem observandum est, si plures simul opus idem faciendum conduxerint, illudque suo vitio collabatur, singulos non in solidum, sed pro sua tantum portione conveniendos esse, nisi sese singuli in solidum obligassent ad operis perfectionem, arg. *l. reos promittendi* 11. §. 1. 2. *ff. de duobus reis constituendis*; licet enim operis ipsius obligatio individua sit, quatenus unusquisque redemtorum non satisfaciat locatori partem operis præstando, nec operis effectus in partes scindi potest, *l. in executione* 85. §. *secunda* 2. *ff. de verb. oblig. l. fideicommissa* 11. §. *si in opere* 23. & 24. *ff. de legatis* 3. ipsa tamen pœnæ vel ejus quod interest præstatio in casum operis non perfecti, inter plures divisionem patitur partisque solutionem, *l. stipulationes* 72. *ff. de verb. obligat.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 10. *num.* 19. Wissenbach *ad Pand. vol.* 2. *disp.* 41. *num.* 17.

38. Absolvendum opus redemtum intra tempus illud, quod locationi adjectum est, nisi tam angustum temporis spatium inveniatur appositum, ut per naturam possibile non sit, tantæ molis opus spatio tam exiguo ad finem perduci; quippe quo casu magis ob impossibilem repromissionem tota obligatio nulla foret, arg. *l. insulam* 58. §. *in operis* 1. *ff. h. t. l. arbitraria* 2. §. *quia ita stipulatur* 6. *ff. de eo quod certo loco* §. *loca* 5. *inst. de verb. obligat. l. non solum* 31. *ff. de obligat. & act. l. impossibilium* 185. *ff. de reg. juris.* Si tempus nullum adjectum sit, tantum tempus operi perficiendo tacite inesse intelligitur, quantum viri boni arbitratu sufficit, adeo ut nec ante agi ex ea causa possit ad id quod interest, aut pœnam promissam, quam ubi tempus præterierit, quo commode potuisset opus finiri, *l. si ita stipulatus* 14. *l.* 15. *l. interdum* 73. *l. existimo* 98. §. *ex hac stipulatione* 1. *ff. de verb. oblig. l. insulam* 58. §. *in operis* 1. *ff. h. t.* nec ante opus idem rursus alteri relocari, cum pactum appositum esset, *ut si ad diem effectum non esset relocare id liceret*, quam si dies efficiendi præteriisset, *l. item quæritur* 13. §. *si lege* 10. *ff. h. t.*

39. Sed & tali in loco opus faciendum, in quo ut fieret convenit; sic ut nihil agat promissor alio in loco illud perficiens, ac in nihilum liberetur; in quo dandi promissio a faciendi promissione distincta est, *l. arbitraria* 2. §. *idem Julianus* 7. *ff. de eo quod certo loco.* Adde *tit. de eo quod cert. loco num.* 8. Si de loco operis faciendi nihil expressum sit, & ex indiciis & conjecturis colligi nequeat, quem operi efficiendo locum contrahentes respexerint, magis est, ut conventio talis in universum nullius momenti intelligatur, *d. l. arbitraria* 2. §. *si quis insulam* 5. *ff. de eo quod certo loco, l. ita stipulatus sum* 115. *ff. de verb. oblig.*

40. Denique circa mercedis solutionem pro opere servandum id, quod inter contrahentes actum est; cujus conventionis speciem de moribus exhibet Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 10. *n.* 12. Alioquin operis quidem aversione locati merces non nisi post opus perfectum præstanda videtur; cum nemo regulariter jure desideret ab alio implementum contractus, nisi prius ipse ex suo latere præstiterit ea, ad quæ ex conventione obstrictus est, ut latius dictum *tit. de act. emt. n. ult.* Eoque facit illud Festi, redemtores describentis, *quod proprie atque antiqua consuetudine dicerentur, qui, cum quid publice faciendum aut præbendum conduxerant, effeceruntque, tum demum pecunias accipiebant.* At si in pedes mensurasve locatum opus sit, quatenus admensum est, vel per locatorem stetit, quo minus admensuretur, solutio mercedis facienda est, cum & ipsa operis impletio ex tali conventione in partes divisa sit. Quod autem a Matthia Colero, *decis.* 201. *n.* 4. & *seqq.* aliisque ab eo citatis traditum, nullam penitus artifici mercedem præstandam esse, qui, cum opus certa forma faciendum redemisset, non ex præscripto id adimplevit, sic ut aliquid notabile supersit adimplendum, aut immutandum; ita demum admittendum videtur, si opus illud ita, uti factum est, nullam locatori utilitatem usumve præstare possit, vel opus tale non ex præscripto factum sit, quod sine sui læsione locator penes redemtorem relinquere posset. Nam si cum artifice id egerim, ut is in mea area insulam suis impensis faciat, iniquum foret eum ob formam in nonnullis neglectam & tota materia & manupretio in universum spoliari; sed potius diminuta mercede pro rata minoris usus aut bonitatis operis, ac quatenus interest locatoris, opus ex lege perfectum non esse, in reliquum condemnari me, æquum est, ne cum alterius jactura locupletior evadam; eo modo, quo & emtor pretium, sed diminutum præstat, quoties non ea præstatur vel quantitas vel qualitas ac bonitas emtæ rei, quæ dicebatur subesse; secundum ea quæ *tit. de contrah. emt. num.* 6. & *seqq.* dicta sunt. Quamvis enim *opere locato* significetur opus perfectum, *l. rei appellatio* 5. §. 1. *ff. de verb. signif.* atque adeo necdum perfecto opere videri possit nulla conducti actio redemtori nata; tamen extra id, quod actum est, obligationem ex æquo nasci, novum non est; etiamsi impleta non sit conditio illa, ex qua solutio aut restitutio rei suspensa erat, arg. *l. si quis affirmavit* 9. §. *Labeo* 3. *ff. de dolo, l. is, qui commodatum* 13. *in fine ff. commodati.* Opere autem perfecto liberum redemtori est, sibi consulere operis retentione, donec merces promissa soluta fuerit; de quo vide *t. de compensation. num. pen. & ult.* nisi forte opus publicum fuerit, cujus retentionem pro mercede negat redemtori, Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 10. *num.* 21. Wissenbach *ad Pand. vol.* 2. *disput.* 41. *n.* 17.

41. Porro de contractibus inter magistrum navis & exercitores, ut & inter magistrum navis ac socios nauticos; denique inter magistrum navis & mercatores mercium transvehendarum intuitu, vide Hugonem Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.*

20. *ibique margin. addita Placita Caroli V. & Philippi Hisp. Regis*, & de locatione inter magistrum navium piscatoriarum, præcipue halecum causa paratarum, & socios nauticos eorum muniis, officiis, mercedibus, varia occurrunt edicta *vol.* 1. *placitor. Holl. pag.* 695. *& seqq. ad pag.* 706.

TITULUS III.

De Æstimatoria.

SUMMARIA.

1. *Quid sit contractus æstimatorius? quæ actio inde detur, & ad quid? An ei locus, si merces intervenerit?*
2. *Quid juris, si pluris vel minoris sit res vendita, quam per dantem æstimata fuerat? Qualem culpam præstet qui rem vendendam recepit, distinctione explicatur.*
3. *Quid obtineat, si res alteri data sit pretii explorandi gratia, vel* inspiciendi *causa?*

1. Contractus æstimatorius est innominatus, bonæ fidei, quo res alteri æstimata vendenda traditur, ea lege ut vel pretium, vel ipsa res incorrupta restituatur. Et quamvis magnam cum aliis nominatis contractibus affinitatem habeat, in quantum propter æstimationem venditio, propter operam in venditione navandam locatio vel mandatum videri potest, *l.* 1. *ff. h. t.* tamen quia ab his omnibus in nonnullis diversus est, melius visum fuit, hoc negotium innominatis accenseri contractibus, indeque civilem æstimatoriam præscriptis verbis, & quidem bonæ fidei, actionem dari, *d. l.* 1. quæ tendit ad ea, quæ in definitione contractus hujus expressa sunt: atque etiam utiliter locum habet, licet merces intervenerit, dum in dubio non tam mercedis, quam æstimationis famæ ratio habetur, *l.* 2. *ff. h. t.*

2. Quod si is, qui rem certo pretio vendendam receperat, minoris distraxerit, integrum nihilominus domino pretium præstare debet: sin pluris, illud quod excedit æstimationem factam, non sibi servat, sed domino restituit, si non aliud actum sit, *l. si tibi rem* 13. *ff. de præscriptis verbis*, *l. si margarita* 44. *ff. pro socio*. Ipsius autem rei vendendæ datæ periculum ad dantem pertinet, si is rogaverit accipientem, dum forte nummis ipse indigebat, *l. si gratuitam* 17. §. *si margarita* 1. *ff. de præscriptis verbis*, Paulus *recept. sent. lib.* 2. *t.* 4. *in fine*, sin accipiens dantem, dum forte pretium ex venditione redactum accepturus erat ex causa mutui, cum prius mutuum ipse rogasset, nec alias dominus rem illam habuisset venalem, periculum magis ad accipientem pertinet, quasi ejus gratia, qui rogavit, contractus hic intervenisse intelligatur, *d. l.* 17. §. 1. *ff. de præscript. verbis*, *l. rogasti* 11. *ff. de reb. creditis*, *l. qui negotia* 34. *in pr. vers. bis argumentum ff. mandati*, Paulus *d. lib.* 2. *tit.* 4. *in fine*, sin neuter, & tamen mutuo consensu res vendenda data sit, ea quidem dantis periculo est, sed accipiens dolum latam ac levem in ea culpam præstat, *d. l.* 17. §. 1. *ff. de præscript. verbis*. Qualis culpa levis etiam solummodo præstanda est, si accipiens dantem quidem rogaverit, sed res talis accipienti vendenda data sit, quam dominus etiam non rogatus habebat venalem, arg. *d. l. rogasti* 11. *ff. de reb. creditis*, in qua lege verba, *si sine culpa tua perdideris*, denotant culpam levem; cum culpa simpliciter posita plerumque culpam levem denotet, veluti in *l. contractus* 23. *ff. de reg. juris*, *l. si, ut certo* 5. §. *nunc* 2. *ff. commodati*. Uti &, si appareat, animo societatis inter dantem & accipientem ineundæ rem vendendam datam esse, arg. *l. si margarita* 44. *ff. pro socio*, junct. §. *ult. Instit. de societate*. Et secundum hanc distinctionem limitanda verba generaliora de periculo occurrentia in *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* quæque inde petita inveniuntur apud Grotium *manud. ad Jurispr. Holl. libr.* 3. *cap.* 19. *n.* 9.

3. Potest & res alteri dari, non vendendi, sed pretii explorandi gratia, *l.* 1. §. *ult. ff. de præscriptis verbis*. Potest quoque *inspicienda* dari, quo casu is, qui inspiciendam accepit, culpam præstare debet secundum distinctiones paulo ante de æstimatorio contractu propositas, *l. si gratuitam* 17. §. *Papinianus* 2. *l. duo secundum* 23. *ff. de præscriptis verbis*.

TITULUS IV.

De Rerum permutatione.

SUMMARIA.

1. *Quid sit permutatio? An & pecunia numerata recipiat permutationem cum alio corpore, & ita ut corpus considerari possit? Dum* datur pecunia ut Stichus detur, *ad explicationem* l. ult. ff. de condict. causa data.
2. *An & res aliena recipiat permutationem? Cur res aliena vendi possit, at non permutari? Quis sit effectus, si quis rem alienam dederit, ut vicissim rem reciperet? & quid, si is, qui acceperat rem non propriam dantis, vicissim dederit rem suam, aut vice versa?*
3. *Qualis actio detur ex permutatione, & ad quid tendat? An moribus pœnitentiæ locus sit in contractu permutationis & similibus? An conventio de dando ut vicissim detur bodie obliget? In quibus differat permutatio ab emtione?*

1. Permutatio est contractus innominatus, bonæ fidei, quo res propria datur, ut vicissim alter rem propriam det; adeoque contractus innominatus *do ut des*, *l.* 1. *ff. h. t. l. naturalis* 5. §. *& si quidem* 1. *ff. de præscriptis verbis*, sive corporis cum corpore, sive quantitatis seu rei fungibilis cum corpore, sive quantitatis cum quantitate alterius vel ejusdem generis sed diversæ bonitatis, permutatio fiat, arg. *l. pen. C. h. t. l. naturalis* 5. §. *& si quidem* 1. *ff. de præscript. verbis*, nam & ipsam numeratam pecuniam recipere permutationem, neque a jure nostro, neque a ratione naturali, neque ab hodierno usu alienum est. Primo enim nummos majoris pretii cum iis, qui minoris valent, magisque rerum minutarum commerciis inserviunt, aureos quoque cum argenteis, commutari quotidianum, & Judæis nostris pariter ac Christianis usitatum est, & fuit olim. Sed & secundo etiam numeratam pecuniam cum alio corpore permutationem recipere, quoties non tanquam pecunia numerata, sed tanquam corpus datur, intelligi potest ex *l. ult. ff. de condict. caus. data causa non secuta*, in qua cum facti species talis esset proposita, *dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares*, & quærere-

tur, utrum id genus contractus pro portione emtionis & venditionis esset, an potius hic nulla alia esset obligatio, quam *ob rem dati re non secuta*; Jurisconsultus ait, in posterius illud *se procliviorem esse*: unde & condictionem pecuniæ datæ concedit, si Stichus mortuus sit, antequam daretur, vel alienus appareat. Et hoc ipsum suadent aperte satis verba ipsa conventionis in *d. l. ult.* propositæ. Quæ enim, obsecro, manifestior esse poterat formula contractus innominati, *do ut des*, quam hæc: *dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares?* Datio sane pecuniæ contractus hujus initium facit; datio quoque Stichi vicissim contractus hujus finis est. Cum ex adverso non a datione sed consensu & conventione initium emtionis sit; adeo ut, quicquid in emtione datur post consensum super re & pretio, perfecta jam emtione detur, solvaturque quasi debitum, nec actione emti intentatur ut res detur, sed magis, *ut tradatur l. ex emto* 11. §. *& in primis* 2. *ff. de act. emti*, sic ut venditor necesse non habeat rem venditam emtoris facere: *l. si ita distrahatur* 25. §. 1. *ff. de contrah. emt.* sed satisfaciat vacuam tradendo possessionem, *l.* 2. §. 1. *l.* 3. *pr. &* §. 1. *ff. de act. emt.* quo ipso, si venditor dominus sit, emtorem quoque dominum efficit; si non sit, emtori tantum jus usucapiendi, & de evictione actio competit, si res emta ante usucapionem evicta sit, *d. l.* 11. §. 2. *ff. de act. emti*, *l.* 1. *pr. ff. h. t.* Nummum quidem Victoriatum, & peregrinam in genere pecuniam, mercis loco fuisse habitam, ac vendi solitam, ex Volusio Mæciano, Plinio Constantino in *l.* 1. *C. de veteris numismatis potestate*, aliisque docet Brissonius *antiquit. lib.* 1. *cap.* 8. sed vix est ut de pecunia tali peregrina Celsi verba, in *d. l. ult. de condict. caus. data*, accipi possint; cum tunc non tanta subfuisset dubitandi atque hæsitandi ratio ut Jurisconsultus etiam dubitanter respondisset, *in id se procliviorem esse*, ut contractus innominatus sit; dum certum utique atque expeditum est, reprobos nummos, quales & peregrini, nec pretium posse constituere, nec solutos liberare pecuniæ debitorem, *l. eleganter* 24. §. *qui reprobos* 1. *ff. de pignorat. act. l. creditor oblatam* 102. *de solution.* Ut proinde rectius *pecuniam* in *d. l. ult.* propositam simpliciter de nummis pecuniam numeratam constituentibus, sed per contrahentes consideratis, tanquam corporibus, interpretemur; maxime, cum tot aliis in casibus ac legibus pecuniam numeratam ex voluntate domini tanquam corpus considerari in aperto sit; usque adeo, ut, si testator pecuniam tanquam certum corpus legaverit, in legato tali non illæ juris definitiones, quæ de quantitatibus, sed quæ de corporibus atque ipsis etiam fundis legatis probatæ sunt, admitti debeant, *l. talis scriptura* 30. §. *item si legetur* 6. *l. plane, ubi* 34. §. *sed hoc ita* 4. *l. si servus legatus* 108. §. *qui quinque* 10. *ff. de legatis* 1. junct. *l. si is, cui* 94. §. 1. *ff. de solution.* Nec hisce ita expositis adversatur tantopere Paulus Jurisc. in *l. naturalis meus* 5. §. *& si quidem* 1. *ff. de praescript. verbis*, cum ait: *si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emtio & venditio est; sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet rerum permutationem emtionem esse, dubium non est, nasci civilem obligationem.* Etenim, cum in hac lege duæ distinctæ proponantur conventiones, in quarum una dicitur data *pecunia*, in altera *res*, non potuit Paulus aliud in pecunia spectare, quam quantitatem, rei seu corpori oppositam; cui consequens erat, ut optimo jure responderet, emtionem esse, habentem consensum rem & pretium, consistens in pecunia numerata, non ut corpus illic considerata. At in *d. l. ult. ff. de condict. caus. data* nulla talis invenitur duorum distinctorum casuum, aut rei & pecuniæ, oppositio: cumque pecunia *data* esset ut Stichus *daretur*, Celsus animadvertens, *dare* proprie pertinere ad dominii translationem, adeoque vocabulum esse, quod permutationi magis quam emtioni respondet, *l. dedisse* 78. *ff. de verb. signif. l. ubi autem* 75. §. *ult. ff. de verbor. oblig.* pecuniam autem vel ut corpus vel ut quantitatem posse considerari, ut ante probatum; *in id procliviorem se esse* dixit, innominatis contractibus istam facti speciem adscribendam esse.

2. Permutari possunt regulariter res omnes, quæ recipiunt venditionem; eo excepto, quod res aliena vendi possit, *l. rem alienam* 28. *ff. de contrah. emt.*, non item permutari; eo quod in venditione persona quidem obligatur ex consensu ad rem tradendam, res autem ipsa, quæ venditur, haud afficitur, neque traditio ejus ad contractus perfectionem necessaria est, sed tantum ad implementum spectat. At permutatio non nisi a *datione rei* initium habet; dare autem rem alienam cum effectu nemo potest, quippe plus juris in alium translaturus quam ipse habet, contra *l. nemo plus juris* 54. *ff. de reg. juris*, adeo ut permutatio hac in parte pignoris dationi magis, quam venditioni similis sit. Atque hinc eum, qui rem alienam dederit, ut vicissim ab accipiente rem aliam reciperet, nullam contrahere permutationem, Pedius ait *l.* 1. §. *ideoque* 3. *ff. h. t.* cui consequens erat, accipientem neque ad id, ut vicissim rem suam daret, neque ad id quod interest ei, qui rem alienam dederat, obligatum esse; sed tantum teneri, ut rem danti restituat, cui ad id competit condictio quasi re non secuta, *d. l.* 1. §. *ult. ff. h. t.* qui paragraphus ultimus cohæret penultimo, atque ita de eo, qui non suam sed alienam rem dedit, accipiendus est. Si tamen is, qui rem acceperat ex causa permutationis a non domino, quem dominum esse putabat, vicissim rem suam dederit, potest eam, quam accepit, usucapere, aut, eadem ante evicta, de evictione actione in factum experiri, *l.* 1. §. *unde si* 1. *ff. h. t. l.* 1. *C. h. t. l. si permutationis* 29. *C. de evictiom.* arg. *l. sequitur* 4. §. *sed & si* 17. *ff. de usurp. & usucap. l. sed & si* 7. §. *Sed & si* 5. *ff. de public. in rem act.* vel etiam condicere rem suam, quam vicissim dedit, antequam sine causa existentem penes eum, qui rem alienam dando nullam contraxerat permutationem, arg. *tit. ff. de condict. sine causa.* Quemadmodum ex adverso & is, qui rem suam dedit, si vicissim ab accipiente acceperit rem non accipientis propriam sed alienam, rem suam condicere posset vel ex capite pœnitentiæ, vel condictione causa data causa non secuta, *l. ult. ff. de condict. caus. non secuta*, in quantum implevisse non intelligitur dandi promissionem, qui rem alienam dat, *l. ubi autem* 75. §. *ult. ff. de verb. oblig.* junct. *l. si ita* 25. §. 1. *ff. de contrah. emt.*

3. Ex permutatione datur actio bonæ fidei præscriptis verbis, competens ei, qui suam rem dedit, adversus eum qui accepit, ad id, ut vicissim det quod promisit, vel præstet id quod interest, *l. naturalis meus* 5. §. *& si* 1. *ff. de praescript. verbis*, §. *actionum* 28. *Inst. de action.* Nec ignorari debet, nostris moribus con-

dictiones ex capite pœnitentiæ in contractibus innominatis a datione incipientibus reprobatas esse, ut dictum *tit. de condict. caus. dat. causa non secuta num.* 5. Quin & ex conventione de re danda, ut vicissim res alia detur, efficacem dari actionem, etsi necdum ex alterutro latere traditio intercesserit, dum ex nudis etiam pactis actiones hodie nasci constat. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 13. *n.* 7. *in fine.* De cætero differre in multis emtionem a permutatione, docet Paulus in *l.* 1. *pr. ff. h. t.* & plenius exponit Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 2. *Instit. de emtione vendit. n.* 2.

TITULUS V.

De Præscriptis Verbis & in factum actionibus.

SUMMARIA.

1. *Quid sint contractus innominati? quotuplices sint? Cur nomine speciali careant?*
2. *Contractus innominati omnes re constant. An admittant pœnitentiam jure civili ac moribus?*
3. *De actione præscriptis verbis ex contractibus innominatis. Ea subsidiaria est, cum aliæ deficiunt. Recensentur tamen plures casus, quibus hæc cum aliis actionibus concurrit. Explicatur ratio unde natus sit ille concursus?*
4. *In subsidium facilius ad actionem præscriptis verbis, quam ad actionem doli confugiendum. An ex contractu,* facio ut des, *danda sit doli actio; an magis præscriptis verbis?*
5. *An actio præscriptis verbis confundi debeat cum actionibus in factum?*

1. PRæmissis duabus nobilioribus contractuum innominatorum speciebus, restat ut generalius, sed paucis, de contractibus innominatis dispiciamus quales in universum sunt, qui certum quidem ac speciale nomen a jure civili non habent impositum, sed tamen obligandi causam in se continent, puta dationem aut factum. Confer Vinnium *tract. de pactis cap.* 8. *n.* 8. *& mult. seqq.* ac vulgo quatuor enumerantur; do ut des, do ut facias, facio ut des, & facio ut facias, *l. naturalis* 5. *pr. & §§. seqq. ff. h. t.* ex quibus tamen plures alii possunt exsurgere, veluti, *do ut des & facias, facio ut des & facias, do & facio ut des, do & facio ut facias, do & facio ut des & facias,* uti &, *do ne des, do ne facias, facio ne des, facio ne facias &c.* Scilicet, cum natura ita comparatum esset, ut plura essent negotia quam vocabula, *l. natura ff. h. t.* res plures quam verba; necesse fuit, ut ingens illa rerum copia nomine proprio destituta vel alienis commodatisque appellationibus notaretur, secundum Senecam *de beneficiis lib.* 2. *cap.* 34. vel consisteret in nomine generis, quod posterius in hisce contractibus innominatis sit.

2. Omnes autem hi contractus innominati re constant, ad sui perfectionem desiderantes dationem aut factum; imo in iis, qui a datione initium habent, etiam post dationem ex uno latere interpositam pœnitentiæ locus est, quamdiu res est integra secundum jus Romanum; quæ tamen haud admissa in iis, qui a facto incipiunt, cum facta nequeant ex pœnitentia infecta reddi, veluti, cum Romam itum, vel domus extructa est; quamvis hodie & in iis, qui a datione inchoati, pœnitentia reprobata sit, ut dictum *tit. de condict. caus. data, & tit. praced.*

3. Nascitur ex his contractibus actio præscriptis verbis, aliter civilis, vel actio incerti ad interesse, appellata, generaliter & plenis verbis rem, uti gesta est, enarrans sine speciali nomine; quæ datur ei, qui quid dedit vel fecit, ad id, ut vicissim detur vel fiat quod promissum est, aut id quod interest, *l. naturalis* 5. §. 1. *& seqq. ff. h. t.* Ad quam confugere necesse fuit, quoties contractus existunt, quorum appellationes nullæ jure civili proditæ sunt, ac vulgaria atque usitata actionum nomina deficiunt, *l.* 2. *l.* 3. *ff. h. t.* Cui consequens est, subsidiariam hanc actionem esse, ac proinde regulariter ad eam haud deveniendum, quamdiu alia usitata ac vulgaria prodita in jure remedia seu actiones supersunt, *l.* 1. *pr. quoties* 21. *ff. h. t.* Cum interdicto tamen de precario hanc posse concurrere præscriptis verbis actionem, Julianus scribit, *l. duo in solidum* 19. §. *ult. ff. de precario,* uti cum actione ex vendito in casibus propositis in *l. si fundum* 2. *C. de pactis inter emt. & vend. l. si convenit.* 6. *ff. de rescind. vend. l. Labeo scribit.* 50. *ff. de contrah. emt.* sed & cum actione mandati & commodati, in casu *l. is, qui commodatum* 13. §. *ult. ff. commodati.* In his enim casibus cum dubitaretur, an emti actio posset habere locum etiam ad rescindendam venditionem, vel cum necdum extitisset conditio venditionis; an mandati aut commodati cum homine libero, cui quis tanquam servo suo mandaverat aut commodato dederat; & ob id olim præscriptis verbis actio daretur secundum Proculum, sectæ Principem, *l. si vir uxori* 12. *h. t.* tamen, cum postea placuisset, etiam utilem esse posse actionem ex emto ad rescindendam emtionem, *l. ex emto* 11. §. *qui virginem* 5. *& 6. ff. de act. emti,* conditionem fingi extitisse, quoties per emtorem stat, quo minus impleatur, *d. l.* 50. *ff. de contrah. emt.* ac denique extra id quod cum homine libero tanquam servo nostro actum esset, tacitam nasci obligationem, *d. l.* 12. §. *ult. ff. commodati,* hinc factum est, ut cum actione præscriptis verbis olim in suprascriptis speciebus data, concurreret etiam emti, commodati, mandati actio, dato actori arbitrio, utra malit experiri. Eo modo, quo & cum actione locati, pignoratitia, commodati, depositi, concurrere potest condictio sine causa aliave huic simili actio stricti juris, *l. si fullo* 2. *ff. de condict. sine causa, l. si quis nec* 4. §. 1. *ff. de reb. creditis.* Vinnius *tract. de pactis cap.* 11. *n.* 4. *& seqq.* Ne dicam, in illis quoque casibus, in quibus Jurisconsulti veteres alii denegabant ordinariam locati mandati aut similem actionem, posteriores Jurisconsultos (plerumque prudenter eam consilii & deliberationis partem sequentes, quæ securior erat) non quidem necessarium, sed tamen *tutius* judicasse, ad civilem ex præscriptis verbis recurri actionem, *l. si gratuitam* 17. *l. Titius Sempronio* 24. *ff. h. t.*

4. Magis tamen & facilius hæc ex præscriptis verbis, quam doli actio subsidiaria infamans datur. Unde si quis dederit servum Titio, ut is suum servum manu mittat, & secuta manumissione, servus Titio datus evictus sit, Titio contra dantem actio præscriptis verbis datur; sive sciverit dans, servum alienum esse, sive ignoraverit, *l. juris gentium* 7. §. *sed & si* 2. *ff. de pactis,* reprobata Juliani sententia, quæ narratur quidem a Paulo in *l. naturalis* 5. §. *at cum do* 2. *in fine ff. h. t.* at non probatur, ac in *d. l.* 7.

§. 2. per Mauritianum & Ulpianum, reprehenso Juliano, aperte rejicitur. Sed & ex contractu *facio ut des*, magis præscriptis verbis quam de dolo actio est, *l. si tibi polienda* 22 *ff. h. t.* §. 1. *Instit. de locatione l. cum mota* 6. *Cod. de transaction.* licet solam doli actionem inde dari oportere Paulus scribat, *d. l. naturalis* 5. *h. t. quod si faciam* 3. *ff. h. t.* & Imperatores Diocletianus & Maximianus, *l. cum propones* 4. *C. de dolo*, sic ut haud improbabile sit, hac quoque in specie dissensum fuisse veterum Jurisconsultorum: indeque est, quod & Ulpianus, cum dixisset *civilem actionem id est præscriptis verbis*, ex hoc contractu facio ut des *oriri posse*; mox tamen subjungit; *ni si quis & in hac specie de dolo actionem competere dicas, ubi dolus aliquis arguatur, l. solent* 15. *in fine ff. h. t.* Quomodo etiam Pomponius in casu, quo mihi permisisti ut sererem in fundo tuo, & fructus tollerem, nec postea pateris tollere, ait, *nullam juris civilis actionem esse: an in factum dari debeat, deliberari posse? sed esse de dolo, l. permisisti* 16. §. *permisisti* 1. *ff. h. t.* licet in hac facti specie sit contractus innominatus do ut des, in quantum ego tuum conserendo fundum, dominium seminis in re transfero, dum fata solum sequuntur, tu vicissim mihi fructus dare debes in tuo fundo natos & ita jure soli tuos, donec eos tua abstulero voluntate. Ergo, ut paucis finiam, prudentibus nostris insolitum non fuit, primo quidem tunc, cum dubium erat, an ordinaria actio dari posset, securitatis majoris gratia ad civilem præscriptis verbis actionem, velut tutius remedium descendere, ut supra adstructum satis: at cum hæsitabatur, an præscriptis verbis civilis actio locum haberet, tandem ad subsidiariam confugere doli actionem. Confer aliter sentientem Ant. Fabrum in *rational. ad d. l.* 5. §. Justum Mayerum *colleg. Argentorat. ad Pand. tit. de pactis n.* 87. 83. & *h. t. n.* 7. *circa fin.* Vinnium *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 46.

5. Ceterum omnis actio præscriptis verbis civilis quidem est, utpote non a prætore, sed jurisconsultis reperta; atque etiam in factum dicitur: at non omnis in factum actio protinus civilis est; cum & prætoriæ in factum sint, ut patet ex §. *ult. Instit. de lege Aquilia*, & sparsim in jure nostro, *l. sancimus* 21. *in med. Cod. de sacrosanct. eccles.* quas omnes ex sua sede propria huc transferre & longa serie recensere, consultum non est. Sed & insuper negotia pleraque, ex quibus actio præscriptis verbis nascitur, fere ad contractus innominatos referri vel in eos resolvi possunt; cum actiones in factum etiam aliunde dentur.

LIBER VIGESIMUS.

TITULUS I.

De Pignoribus & hypothecis, & qualiter ea contrahantur, & de pactis eorum.

SUMMARIA.

1. *Quot modis pignoris vocabulum accipiatur? nihil interesse inter pignus & hypothecam quantum ad actionem hypothecariam; in ceteris interesse regulariter nemo cogi potest, ut pignus constituat. Quale pignus dare teneatur, qui se daturum promisit? Mortuo eo, qui promisit, se certam rem pignori daturum, unus ex pluribus heredibus, cui illa cessit, eam in totum obligare cogitur.*
2. *Divisio hypothecæ in generalem & specialem etiam ad prætorium & legale pignus pertinet. Quæ obligata intelligantur, si universitas rerum, ut grex, taberna, illata & invecta peculium, obligentur?*
3. *Re singulari obligata, quales rei istius fructus, & quando censeantur obligati? Ancilla obligata, an, & quando partus obligatus sit? an, servo, peculium servi?*
4. *De aliis rerum obligatarum accessionibus, alluvione, usufructu ad proprietatem redeunte, insula ante fundum nata, eo quod ex re obligata factum est, nave fabricata ex sylva obligata, domo in artam aut hortum, fundo in vinetum converso. An domino pignorata exusta, iterumque restituta, impensæ prius deducendæ sint, antequam nova domus pignori sit? An possessor extraneus, qui novam domum imposuit areæ obligatæ liberari possit offerendo creditori pretium areæ, & sic totum retinere?*
5. *An id, quod in rei pignoratæ locum surrogatum est, pignoratis emta, & de pretio ex rebus pignoratis redacto.*
6. *Quæ res contineantur sub hypotheca generali? an & futura, & incorporalia, & merces in taberna, & servus ipse, qui res omnes domini obligavit & ipsa pecunia credita? An & necessaria supellex? an emphyteuticaria prædia? an feudalia jure veteri & hodierno?*
7. *An bona fideicommisso obnoxia; & quid de fructibus pendente fideicommissi die vel conditione percipiendis? An bona heredis? & quid, si nominatim defunctus bona heredis obligaverit? An bona defuncti sub hypotheca generali per heredem constituta? An alienata ex consensu creditoris, si post redierint in debitoris potestatem?*
8. *Si quis obligaverit simpliciter* bona sua *sine nota universalitatis, an omnia intelligatur obligasse?*
9. *Quæ jure Romano solemnitates adhibendæ fuerint in pignore constituendo? Quæ nostris moribus quantum ad immobilia & navigia majora, & incorporalia immobilibus accenseri solita, si specialiter obliganda sint; & quid si feuda; an illa etiam apud ordinarium judicem obligari possint? Si subfeuda, an in curia primi domini directi, an vero subinfeudantis?*
10. *Quæ solemnitates requirantur in Hollandia ad generalem omnium bonorum hypothecam? An precise coram judice loci, in quo contractus principalis celebratus est, constitui debeat? Non obligantur vi generalis hypothecæ bona in territorio Amstelodamensi sita, nisi coram judice Amstelodamensi constituta sint: nec bona extra Hol-*

landiam sita per hypothecam generalem in Hollandia constitutam.

11. Solemnitas insinuationis apud acta publica & solutionis quadragesimæ non necessaria in hypotheca legali; nec in obligationibus in gratiam pupillorum contractis od Veeskamers recht; nec si magister in peregrinis locis carinam navis obligat. Si res immobiles tempore traditionis solemnis obligentur pro pretio residuo, non solvenda quadragesima. In reliquis si desint solemnitates, nulla prælatio in Hollandia tribuitur, licet instrumento publico coram tabellione & testibus obligentur bona debitoris. An teneatur actuarius, si qua solemnia dolo aut culpa ejus prætermissa sint, vel rem liberam asseruerit, quæ erat obligata?

12. Si mobilia traditione creditori obligentur, insinuatio apud acta aut quadragesimæ solutio non requiritur. An pro traditione sit constitutum possessorium, quo debitor constituit, se nomine creditoris velle rem possidere? Sine traditione mobilia non obligantur solo instrumento publico coram tabellione & testibus; sed demum, si quadragesima debiti fisco illata sit; quo facto, hypotheca coram aliquo Hollandiæ judice constituta se extendit ad mobilia ubicumque, etiam extra Hollandiam sita, licet certo loco alligata ex patrisfamilias destinatione, & ad credita debitoris.

13. Immobilia specialiter obligata, & dein alienata oneroso vel lucrativo titulo transeunt cum onere pignoris. Quid juris, si solemniter sub hasta sint vendita, & creditor jus suum non indicaverit, tum rei tum pretii intuitu? Mobilia tradita creditori, si alienentur, aut creditor ea possidere desierit, pignoris jus evanescit; excepto uno casu in Rhenolandia.

14. Immobilia generaliter obligata ex conventione vel lege, quando ex jure hodierno transeant in alium cum onere, quando sine onere, per distinctiones explicatur. Adnotatur jus singulare Amstelodamensium; & jus Ultrajectinum hac in parte. Quid juris, si mobilia generali hypotheca devincta alienata sint per debitorem?

15. Quid sit effectus hypothecæ generalis & specialis quantum ad jus prælationis? An specialem ac generalem habens, necdum excussis specialiter obligatis excutere possit ea, quæ generaliter ipsi obligata sunt? & quid, si generalis tantum subsidiaria sit?

16. Quid hodie hac in parte obtineat in Hollandia? quid Amstelodami, & Ultrajecti?

17. Si debitor nomen debitoris obligaverit, creditor, cui illud obligatum, agere potest contra debitoris debitorem etiam sine cessione actionis. Et qua tunc agat actione?

18. Hypotheca requirit principale debitum. An pignus constitui possit ei, qui tantum adjectus est solutioni? Pro quali debito naturali pignus recte constituatur? An pro debito, quod exceptione jurisjurandi vel rei judicatæ elidi potest? An pro debito alieno? an & pro usuris aut pœna conventionali? in dubio pignus tantum in sortem, non item in usuras obligatum creditur.

19. Recensentur casus, quibus pignus valet, licet principalis obligatio nulla sit; &, quibus durat, actione personali tam extincta.

20. An pro debito in diem vel conditionali, vel debito plane incerto pignus recte constituatur? & quid hodie agendum, si pro debito futuro incerto pignus obligandum sit?

21. Recensentur plura pacta, quæ recte pignori apponuntur.

22. An valeat pactum, ne creditori vel ne debitori liceat pignus vendere? Et quale jus singulare sit in pacto, ne debitori liceat pignus vendere?

23. De pacto antichreseos. Illud non expressum tantum, sed et tacitum esse; aliquando etiam subsidiarium tantum in casum moræ conceptum.

24. An Antichresis legitimum excedere possit usurarum modum?

25. Lex commissoria in pignoribus improbata est tum inter debitorem et creditorem, tum inter debitorem et fidejussorem ejus; sive ab initio sive ex post facto pactum interveniat.

26. De pacto, ut sibi habeat creditor quicquid ex pignore vendito redactum fuerit, et, ut debito intra certum tempus non soluto, debitor creditori pignus cedat.

27. Qui possint hypothecæ obligare? remissive.

1. Pignus generalius acceptum, quandoque jus constitutum, quandoque rem ipsam obligatam, frequenter ipsam conventionem, qua jus illud inducitur, designat: quamvis verum sit, non ex conventione tantum, sed & a lege, vel prætore, vel judice, vel testatore constitui pignoris jus. Conventionale sensu latiore pignus in specie & hypotheca complectitur, adeo ut inter pignus & hypothecam tantum nominis sonus differat, & ex utroque actio hypothecaria nascatur, *l. pr. ff. de pignorat. act. l. hypotheca 5. §. inter 1. ff. h. t. §. item Serviana 7. in med. Inst. de action.* licet pignus in specie ab hypotheca diversum sit, quatenus pignus est contractus bonæ fidei, re constans, quo possessio in creditorem transit, &c. at hypotheca est pactum prætorium, arbitrarium, quo creditori jus in re constituitur in securitatem crediti, non translata in creditorem possessione, *l. si tibi decem 17. §. de pignore 2. ff. de pactis, l. si rem 9. §. proprie 2. ff. de pignorat. act.* Ad quam constituendam regulariter debitor invitus compelli nequit, nisi id nominatim promiserit, *l. qui autem 14. §. si quis 1. ff. de constitut. pecun.* vel lex aut judex justis ex causis jubeat cautionem interponi; quo casu necesse foret, ut obligaret rem, quam arbitrio judicis pro debiti magnitudine sufficientem probat, arg. *l. si vero 5. § 1. l. arbitrio 9. ff. qui satisdare cog.* Hent. Kinschot *de rescriptis gratiæ tract. 4. de induciis solution. cap. 5.* nisi de re certa ac jam designata obligata convenerit; eo enim facto, debitorem istius rei oppignoratione defungi posse, ac abunde videri cavisse creditori, sic volenti atque consentienti, verius est, arg. *l. si rem alienam 9. §. omnis 3. ff. de pignorat. act.* Quo defuncto, antequam impleret promissi fidem, si quidem res, de qua obliganda actum fuerat, uni heredum ex divisione in solidum quæsita sit, ipse quoque solus in solidum ad eam pro debito hypothecæ obligandam adigi potest, adversus coheredes ceteros pro rata regressum habiturus, quoties non cum onere pignoris imponendi res ei adjudicata est; tum quia ipse solus rei in solidum obligandæ potestatem habet, arg. *l. sed mihi* 2.

§. *heres* 8. *ff. commodati*, tum quia pignoris causa individua est, nec ex persona heredum conditio obligationis individua immutari potest, *l. stipulationum* 2. §. *ex his igitur* 2. *ff. de verbor. obligat.* arg. *l. heredes ejus* 25. §. *contra* 10. *ff. famil. erciscunda* Jac. Coren *observ.* 8. Quomodo & unum ex heredibus ad servitutem a defuncto promissam imponendam constringi posse, probavi *t. de servitutib. num. ult.*

2. Dividitur hypotheca in specialem & generalem; quæ divisio non tantum in conventionali, sed & in legali ac prætorio usum habet. Cum enim prætor damni infecti nomine in rei vitiosæ possessionem mittit, speciale pignus prætorium misso quæritur; generale vero, si rei servandæ aut legatorum nomine missio facta sit. Sed & cum lex credenti in refectionem ædificii pignus legale indulget, ædificium haud egreditur, atque ita speciale est. Contra in bonis omnibus tutorum pupilli, in bonis administratorum fiscus, generalem hypothecam habet. Specialis est, qua res singulares, vel etiam certæ rerum universitates, puta gregis aut tabernæ, sunt obligatæ. Ac generaliter observandum, non ipsas tantum res pignoris constitutione expressas, sed & earum accessiones obligatas intelligi: ut tamen alia sint accessoria, cum universitates rerum, quam cum res singulares hypothecæ subjectæ sunt. Etenim grege obligato, etiam quæ postea nascuntur ex eo grege oves, tenentur; usque adeo, ut, si decedentibus omnibus prioribus gregis capitibus grex totus fuerit renovatus, nihilominus devinctus maneat, cum adhuc idem grex intelligatur, *l. grege* 13. *pr. ff. h. t.* arg. *l. proponebatur* 76. *ff. de judiciis*. *l. grege legato* 21. *l.* 22. *ff. de legatis* 1. Taberna obligata, si dominus tabernæ merces inde per tempora distraxerit, & alias comparaverit, omnia, quæ postea in ea taberna deprehenduntur, pignori esse credantur, *l. cum tabernam* 34. *pr. ff. h. t.* Illatis invectisque pro pensione obligatis sive ex tacita conventione in urbanis, sive ex expressa in rusticis, non ea tantum continentur, quæ ab initio invecta illata sunt, sed & quæ postea omni tempore locationis, exemplo fructuum in prædio rustico post nasciturorum, de quibus latius *tit.* 2. Denique etiam peculio obligato (quod fieri posse patet ex *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* comprehenduntur omnia, quæ post peculium obligatum ei adjecta sunt; tum quia in actionem de peculio veniunt omnia quæ rei judicatæ tempore in eo sunt, *l. quæsitum est* 30. *pr. ff. de peculio*, *l. Fulcinius* 7. §. *si quis actione* 15. *ff. quibus ex caussis in possess. eatur*, tum quia sub obligatione *bonorum* futura quoque continentur, *l. ult. C. quæ res pign. dari poss.* peculium autem pusillum patrimonium, adeoque universitas quædam bonorum est. Tum denique, quia peculio legato ea omnia censentur legata, quæ post testamentum usque ad mortem domini peculio accesserunt, §. *si peculium* 20. *Instit. de legatis*, *l. denique Pegasus* 8. §. *ult. ff. de peculio legato*, at plura sub pignore, quam sub legato, contineri, in sequentibus, *num.* 9. dicetur.

3. In rebus singularibus pignori obligatis ita jus est, ut & fructus inde nati in consequentiam obligati sint, licet id expresse actum non sit, *l. quamvis fructus* 3. *C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contrah.* Non tamen eodem modo. Si enim post litem demum contestatam percepti fuerint, omni modo teneantur creditori pro debiti securitate, quoties minoris valet res ipsa, quam debitum est, *l. si fundus* 16. §. *interdum* 4. *ff. h. t.* Sin ante percepti, non aliter in causa pignoris sunt, quam si adhuc extent, & non sufficiat res principalis, *d. l.* 16. §. 4. *ff. h. t.* Nam si a tertio bonæ fidei emtore percepti atque consumti sint, uti eos ille domino restituere non cogitur, ita nec creditori, cui nunquam fuerunt obligati, dum nunquam fuerunt debitoris facti, licet id nominatim actum sit, ut fructus quoque pignori essent, *l.* 1. §. *cum prædium* 2. *ff. h. t.* Porro, licet partus ancillæ in fructu non sit, §. *in pecudum* 37. *Instit. de rer. divis.* ancilla tamen pignori obligata, partus quoque postea editus in causa pignoris est, *l.* 1. *C. de partu pignoris*, *l. fidejussor* 26. §. *ult. ff. h. t.* si modo conceptus & editus sit apud debitorem aut heredem ejus vel tantum conceptus apud debitorem, licet editus apud tertium, veluti emtorem *l. si convenerit* 18. §. *si fundus* 2. *ff. de pignorat. act.* *l.* 1. *ff. de interdicto Salviano*, eo quod tunc ex conceptione in bonis debitoris esse cœpit, uti nepos conceptus ante sui patris emancipationem avum sequitur, §. *pen. Instit. quib. mod. patria potestas solvitur.* Sed si conceptus & editus sit partus apud emtorem, pignori obligatus non est, quia nunquam debitoris in dominio fuit. Ac de eo casu accipienda, quæ a Paulo tradita in *l. Famulus ait* 29. §. 1. *ff. h. t.* in qua dum scribit, *quod tamen dicimus etiam agnata teneri, ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit, vel heredem ejus: cæterorum si apud alium dominum pepererint; non erunt obligata*, in verbis finalibus subaudiri debet, & *conceperint*, ut sensus sit, ex mancipiis nata non fore in causa pignoris, si non apud eum, qui obligavit, sed *apud alium dominum conceperint ac pepererint.* Non enim dici potest dominium partus ad debitorem obligantem haud pervenisse, si apud eum ancilla conceperit, licet apud alium pariat; cum in utero existens viscerum maternorum pars sit, atque ita ancillæ dominus non possit non partus quoque in utero materno existentis dominus esse; quemadmodum partus ancillæ furtivus est, si modo apud furem conceptus sit, licet editus apud bonæ fidei possessorem, *l. qui vas argenteum* 48. §. *ancilla* 5. *ff. de furtis*. In quantum autem partus ancillæ obligatæ non nisi positis certis requisitis in causa pignoris est, in tantum recte idem Paulus *recept. sent. libr.* 2. *tit.* 5. §. 2. scripsit, *fœtum vel partum ejus rei, quæ pignori data est, pignoris jure non teneri, nisi hoc inter contrahentes convenerit*; scilicet non ita, ut ipsa ancilla; atque ita sibi contrarius non est. Neque his, quæ de partu obligato dicta, adversatur, quod mancipio obligato peculium obligatum non sit, nisi expresse id actum appareat, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* unde videri posset, longe minus partum debere censeri obligatum, dum magis peculium, quam quidem partus, mancipi accessio est, arg. §. *si quis ancillas* 17. *Instit. de legatis.* Sciendum enim, peculium ideo obligatum non intelligi quia neque naturaliter neque civiliter ex mancipio obligato nascitur aut provenit, nec unquam fuit obligatæ rei pars (uti quidem partus ancillæ & naturales prædiorum fructus) sed aliunde accedit, & res separata est. Nec dicam partum fœtum fructumque non ita vagam & incertam ac in infinitum augendam accessionem esse, atque quidem est peculium in immensum excrescere valens; proinde probabile non esse, eum,

qui rem certam tantum obligare constituit, de peculio sensisse, quod nullos quantitatis & incrementi sui terminos a natura vel lege habet.

4. Præter fructus partusque pignorum ea insuper, quæ rebus obligatis accesserunt, obligata censentur; veluti, si quid fundo oppignorato per alluvionem adjectum sit, aut proprietati, quæ pignori data erat, usufructus postea accreverit, *l. si convenerit* 18. §. *si nuda* 1. *ff. de pignorat. act. l. si fundus* 16. *pr. ff. h. t.* vel insula ante fundum pignoratum enata fuerit, utpote quæ, licet fructuario non cedat jure usufructus, *l. item si fundi* 9. §. *huic vicinus* 4. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* tamen quia jure accessionis proprietario acquiritur, & fundi obligati accessio est, §. *insula, quæ* 22. *Instit. de rer. divis.* æquum fuerit, ut & cum fundo pignoris jure censeatur, Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 21. *num.* 2. Id quoque, quod ex re pignorata factum est, si modo nova species in pristinam materiam reduci possit, quod evenit in scyphis ex argento vel auro obligato fabricatis; vel ad pristinam quidem materiam reduci nequeat, sed vel ab ipso materiæ domino, vel per alium sed domini nomine facta sit, sicut ipsi materiæ domino nova species acquisita fuerit, argumento eorum, quæ de specificatione traduntur in §. *quum ex aliena* 25. *Instit. de rer. divis. l. in omnibus* 24. *l.* 25. *ff. de acquir. rer. domin.* Ac proinde, quod a Paulo Jurisconsulto in *d. l.* 18. §. *si quis* 3. *ff. de pignorat. act.* traditum est, *sylva obligata* navem ex ea materia factam non esse pignori, nisi nominatim in pignore constituendo adjectum fuerit, ut & quæ ex sylva facta aut nata essent, pignori sint, ita demum admittenda existimo, si per extraneum ex sylva obligata navis facta sit, atque ita dominum navis extraneo quæsitum, convenienter legi *sed si meis* 26. *ff. de acquir. rer. domin.* Nam si ad dominum sylvæ navis quoque dominium pervenerit, nulla ratio est, cur non & navis in causa pignoris esset: ne alioquin in debitoris potestate esset, suo solo facto, formæ mutatione, id efficere, ne res amplius pignori sit. Sed &, quod ex re obligata superest, vel obligatæ rei per quandam formæ mutationem aut meliorationem accessit, pignori devinctum manet, veluti si ex domo obligata hortus factus sit, aut contra, si in loco hypothecæ dato vineæ sint positæ, *l. fundus* 16. §. *si res* 2. *ff. h. t.* vel si, exusta domo oppignorata, supersit area; usque adeo, ut & nova domus areæ eidem imposita destructæ loco, iterum incipiat obligata esse jure soli, quod evinctum remanserat, & cui ex jure gentium superficies seu inædificata cedunt: quo etiam casu ne impensæ quidem refundendæ forent, si debitor ipse collapsam exustamve domum instauraverit, quia creditor *idem in nova insula juris habet*, secundum Labeonem in *l. ult. ff. h. t.* Contra, quam obtineret, si a tertio bonæ fidei possessore domus exusta rursus restituta esset, quippe qui non aliter creditoribus ædificium restituere cogendus foret, quam si sumtus in extructione erogatos, quatenus pretiosior res facta est, receperit, *l. Paulus respondit* 29. §. *domus* 2. *ff. h. t.* Ant. Faber *Cod. libr.* 8. *tit.* 6. *de pignori defin.* 19. Nam quod ab Africano scriptum est, in *l. cum postulassem* 44. §. 1. *ff. de damno infect.* emtori insulæ oppignoratæ impensas non esse reddendas, quas in insulæ refectionem erogavit, id eam rationem habet, quod sumtus tales in refectionem cum usu rei compensandi sunt, arg. *usufruct. & quemadm. quis utat. l. in rebus* 18. §. *possunt*, 2. *ff. commodati.* Nec audiendus videtur possessor bonæ fidei, qui areæ oppignoratæ domum imposuit, si creditori hypothecaria agenti offerat areæ pretium deducta melioratione; tum quia possessor pignoris hypothecaria conventus aut debitum integrum solvere tenetur, aut pignoris possessionem cedere creditori, alioquin tanti damnandus, quanti in litem juratum fuerit, *l. si fundus* 16. §. *in vin vindicatione* 3. *l. si inter* 21. §. *ult. ff. h. t.* tum quia leges possessori bonæ fidei tantum retentionem tribuunt rei possessæ, donec meliorationis impensæ restitutæ fuerint, quo proinde subsecuto restitutio rei facienda domino rei, vel ei, qui a domino causam habet, qualis est hic creditor hypothecarius, *l. Paulus* 20. §. *domus* 2. *ff. h. t.* §. *ex diverso* 30. *Instit. de rer. divis. l. si in area* 33. *ff. de condict. indeb.* Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 21. *num.* 6.

5. Non tamen jure pignoris devincta censeri debent ea, quæ in locum rerum singularium pignori obligatarum surrogata sunt; qua ratione, si quis prædia & mancipia, quæ in prædiis erant, obligaverit, ac mancipiis defuncti alia substituta essent, placuit substituta mancipia minime creditoribus obligata esse, nisi ex obligatis nata essent, *l. fidejussor* 26. §. *ult. ff. h. t.* Rem quoque ex nummis pignoratis emtam non ob id pignoris jure teneri, Ulpianus auctor est, *l. itidemque est* 7. §. *si tibi, quæ* 1. *in fine ff. qui potiores in pign.* ac ab Alexandro Imp. rescriptum, *l. quamvis* 3. *C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah.* Quemadmodum ex adverso nec pecunia redacta ex pignoris venditione creditori obligata intelligitur, quippe qui magis ipsius pignoris persecutionem adversus emtorem habet, *l.* 1. *ff. de distract. pign. & hypoth.* arg. *l. qui vas* §. *ult. ff. de furtis.* Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 16. *quæst.* 2. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 97. Nisi heres adita cum inventarii beneficio hereditate res creditoribus hereditariis oppignoratas vendiderit, ac ex pretio creditoris dimiserit debiliora jura habentes, *l. ult.* §. *sin vero* 5. & 6. *C. de jure deliberandi.* Aut nostris ex moribus pignus solemniter ex decreto judicis auctione publica distractum traditumque, & pretium creditoribus, non tanto prælationis jure munitis, sub cautione de restituendo solutum sit. Confer Sande *decis. Fris. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 27.

6. Generalis hypotheca est, sub qua jure novo continentur præsentia & futura, *l. ult. C. quæ res pignori dari*, sive conventionalis sive legalis hypotheca generalis sit, arg. *l. si quis prioris* 8. §. *in illo* 4. *vers. quæ habet habiturusve est C. de secundis nupt.* Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 7. *defin.* 13. *in med. & in fine.* Etsi enim leges magis liberationi quam obligationi inducendæ faveant, tamen ubi semel obligatio inducta est, juste conservationi ac securitati obligationis jam natæ student; id vero tum maxime fit, cum & futura in hypotheca generali inclusa sunt. Nec interest, mobilia sint, an immobilia, an incorporalia, *l. nomen* 4. *C. quæ res pign. oblig.* arg. *l. si legatus* 30. §. 1. *ff. ad Senatusc. Trebell. l. Princeps bona* 21. *l. bonorum appellatio* 208. *ff. de verb. signif.* Sed & merces in taberna existentes comprehendi verius est, arg. *l. cum tabernam* 54. *ff. h. t.* quemadmodum etiam obligatus creditur ipse servus qui jubente domino res omnes domini creditoribus ejus hypothecæ supposuit, *l. Paulus respondit* 29. §. *ult. ff. h.*

r. atque ipsa quoque pecunia numerata, *l. pen. §. ult. ff. h. t.* sive debitori aliunde quaesita sit, sive eadem ipsa sint nummorum corpora, pro quibus mutuo acceptis hypotheca generalis constituta fuit; cum & haec in bonis debitoris sint. Et quamvis jure Romano neque necessaria supellex, neque alia, quae ad effectionem peculiarem aut ministerium necessarium pertinent, sub hypotheca generali comprehensa fuerint, *l. obligatione* 6. *l.* 7. 8. 9. *ff. h. t.* nostris tamen moribus nihil horum generali hypothecae exemtum est. Groenewegen *ad l.* 6. *&* 7. *ff. h. t.* Adhaec hypotheca generali continentur praedia emphyteuticaria, *arg. l. tutor* 16. *§. ult. ff. de pign. act.* Jul. Clarus *§. emphyteusis quaest.* 18. Andr. Gayl. *libr.* 3. *observ.* 25. *n.* 6. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 25. *defin.* 7. An & feudalia, non adeo expeditum est. Ea sub hypotheca generali non comprehendi, scriptis quidem feudorum consuetudinibus magis conveniens est, eo quod, uti alienatio, ita quoque obligatio feudalis praedii sine domini directi consensu nullum potuit effectum sortiri, *lib.* 2. *feudor. tit.* 8. *§. ult. & tit.* 55. *fere in pr.* ac ad hoc jus potissimum respiciunt, qui negantium partes sequuntur. Vide Vultejum *de feudis lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 54. Rittershusium *partit. feud. lib.* 2. *cap.* 5. *n.* 46. *& seqq.* Ceterum quia secundum Hollandiae & vicinarum quarundam regionum mores feuda hereditaria (*conversieselijke erfleenen*) in plerisque redacta sunt ad instar allodialium; adeo ut etiam alienationes inter vivos & oppignorationes inconsulto domino directo recipiant, magis est, ut & sibi hypotheca generali ea ibidem contineri statuamus; praesertim cum & feudalia judicati exsequendi causa in subsidium pignoris capi atque distrahi posse receptum sit, salvo dominis directis jure. Instruct. Curiae Holland. *art.* 180. Curiae Ultraject. *tit.* 16. *van executie art.* 4. Confer Jacob. Coren *observ.* 52. *n.* 22. *& seqq.* Wassenaar *pract. judic. cap.* 11. *n.* 71. Adde Petrum Bort *de feudis Holl. par.* 5. *tit.* 2. *cap.* 3. *quaest.* 5. *pag.* 113. *& seqq.*

7. Non tamen sub hypotheca generali comprehenduntur bona restitutioni obnoxia ex causa fideicommissi; quippe quae existente fideicommissi conditione non fiduciarii propria, sed magis aliena esse intelliguntur, velut aes alienum ex patrimonio deducenda, *l. irritum* 8. *C. ad leg. Falcid. l. ult. §. sed quia* 2. *C. commun. de legatis, arg. l. unum ex familia* 67. *§. si Falcidia* 1. *ff. de legatis* 2. *l. ult. C. de rebus alienis non alienand.* Adde *tit. de usufructu num.* 19. licet fructus pendente fideicommissi die vel conditione percipiendi per fiduciarium ex re fideicommissoria, in causa pignoris sint, atque ita etiam in creditorum generalem hypothecam habentium securitatem cedant, arg. *l. peto Lucii Titii* 69. *§. praedium* 1. *ff. de legatis* 2. Sed nec bona heredis creditoribus, hypothecam generalem in defuncti bona ex conventione vel lege habentibus, jure pignoris devincta videri possunt, cum nunquam in debitoris defuncti bonis extiterint, *l. Paulus respondit.* 29. *ff. h. t.* arg. *l.* 1. *C. communia de legatis*, nisi defunctus nominatim heredis quoque bona in universum obligasset, arg. *l. si Titio* 22. *ff. h. t.* Bachovius *de pignoribus libr.* 1. *cap.* 7. *num.* 4. 5. Secus quam est in bonis defuncti, si bona heredis generaliter obligata sint: nam cum & futura sub hypotheca generali contineri dictum sit, & bona defuncti ad heredem jure successionis pervenerint, consequens est, ut creditoribus quoque vi generalis hypothecae teneantur, Ant. Faber *Cod. lib.* 7. *tit.* 32. *defin.* 15. Denique nec ea, quae consentiente creditore per debitorem alienata, postmodum in ejus redierunt dominium ac potestatem, *l. ult. C. de remiss. pignor.* quod tamen postremum hodie non obtinere, notat Groenewegen *ad d. l. ult.*

8. Quod si simpliciter *bona sua*, nulla addita universalitatis nota, debitor obligaverit, stricto quidem jure ac vi orationis indefinitae affecta videri nequeunt omnia debitoris bona; cum in iis solis, quae *necessaria* sunt, & aliter sese habere nequeunt, oratio indefinita aequipolleat universali; in reliquis quae *contingentia* Philosophis appellantur, & esse vel non esse possunt, indefinita elocutio non easdem, quas universalis, vires & effectus habeat, sed particulari comparetur. Quia tamen actus agentium talem, quantum fieri potest, interpretationem recipiunt, ut magis valeant quam pareant, nec satis apte dici poterit, quae bona singularia obligata intelligantur, si tantum quaedam obligata statuerentur; ideo benigne placuit, omnia omnino sub indefinita *bonorum* denominatione comprehensa esse; uti id evidenter docent obligandi formulae in *l. ult. Cod. quae res pign. oblig. poss.* propositae, quibus cum expressum esset, *fide & periculo rerum ad me pertinentium*, vel *per rerum mearum exactionem satisfieri tibi promitto*, generalem omnium praesentium ac futurorum hypothecam induci Justinianus constituit. Neque novum id in aliis quoque juris nostri partibus est, ut indefinita elocutio universalis effectum sortiatur, ne derisorium fiat, quod agitur; nam cum testator legasset oleum, vinum, frumentum, acetum, mella, salsarius adductae de orationis indefinitae vi in *contingentibus*, existimasset, ex singulis rebus non amplius deberi, quam quantum heres legatario dare voluisset, quoniam adjectum non erat, quantum ex quaque re daretur: contra tamen Ofilius, Cascellius, Tubero, omne quantum paterfamilias reliquisset legatum putarunt; probavit id Labeo idque verum esse Javolenus ait, *l. quidam heredem* 7. *ff. de tritico, vino, vel oleo legato.* Atque ita etiam perinde habitum, utrum testator *bona sua* an *omnia sua* restituere jusserit, *l. nam quod* 14. *§. ult. l.* 15. *l.* 16. *l. si legatus* 30. *§.* 1. *ff. ad Senatusc. Trebell.* Adde *l. si servitus* 23. *ff. de servit. praed. urban.* Ant. Merendam *controv. lib.* 12. *cap.* 34. parentem p. mem. Paulum Voet *tract. de mobilibus et immobil. cap.* 2. *num.* 11. Hinc & Hollandiae Curia judicatum, generalem intelligi hypothecam constitutam, si instrumento publico, continente annui reditus constitutionem ex fundo aliquo, contineretur inter alia, *dat den rentier soude mogen panden dene schatten ean de voorschreven landen, ende ann gereeste ofte besse goederen van den debiteur, dit 't hem believen sal*; ut testatur Neostadius *Curiae Holl. dec.* 36.

9. Modum quod attinet ac solemnitatem hypothecae tum specialis tum generalis constituendae, jure quidem Romano privata potuisse auctoritas fieri et tum mobilium tum immobilium obligationem, extra dubium est; ut tamen jure potior fuerit habitus creditor, licet tempore posterior, cui publico instrumento, vel privato quidem sed trium testium fide dignorum subscriptione munito, quam cui alia privata scriptura testium trium subscriptionem non habente, hypotheca constituta erat, *l. scripturas* 11. *Cod. qui pot. in pignore.* Sed secundum Hollandiae ac vicinarum quarundam regionum mores non eadem immo-

bilium, quæ mobilium, ratio est. Immobilia quod spectat, in iis iterum inter generalem & specialem hypothecam diversitas est: hypothecæ namque speciali non aliter immobilia subjici possunt, quam interveniente solemniter scriptura coram lege loci illius, in quo sita sunt, soluta quadragesima parte debiti in cujus securitatem obligantur; aut si feudalia sint, coram curia feudali, *Edict. Caroli V. ann.* 1529. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 374. *Placit. Ord. Holl.* 11. *Dec.* 1660. *vol.* 2. *pag.* 2630. *seqq. et edictum de quadragesima ac vicesima art.* 12. *vol.* 1. *pag.* 1957. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *n.* 36. 37. Groenewegen *ad* §. 7. *Instit. ad act.* Rodenburg *de jure conjug. tract. prælim. de statutor. diversitate tit.* 2. *cap.* 5. *num.* 16. *in fin.* Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. *ult. Inst. quib. mod. re contrah. obligation. num.* 9. Dummodo id observetur, ne omisso judice ordinario inferiore loci apud superioris acta obligatio immobilium celebretur; quippe quæ ipso jure nulla foret, Ant. Matthæus de *auction. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 80. Unde & si subfeudum oppignorandum sit, magis in Curia subinfeudantis, quam domini superioris id agi, apud nos obtinuit; licet alibi electio subinfeudato competat, utrum subinfeudantis an primi domini directi curiam feudi obligandi causa adire malit. Vide *d. placit. Ord. Holl.* 11. *Dec.* 1660. *volum.* 2. *pag.* 2630. *& seqq.* Abr. a Wesel *novell. constit. Ultrajectinas art.* 22. *n.* 13. *& seqq.* Quemadmodum etiam ex consensu domini directi rem feudalem coram ordinario judice loci, in quo sita est, obligari posse volunt; si ut potior sit, cui priori feudum sive in curia feudali, sive apud ordinarium judicem loci situs, solemniter devinctum est. Fredericus a Sande de *feudis Geldriæ tract.* 2. *tit.* 2. *cap.* 4. §. 2. *n.* 9. Ant. Matthæus *d. tract. de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 80. Imo novissime post hæc prima vice impressa Ultrajectinis placuit, non aliter recte pignori obligari bona feudalia vel emphyteuticaria, quam si & coram curia domini directi, & coram judice ordinario loci, in quo sita sunt, obligata vel actis publicis obligatio insinuata fuerit, *Ordon. mautie rakende de vestenissen ex hypotheequen* 18. *Jan.* 1700. *art.* 6. 7. Porro quod in immobilibus, idem & in incorporalibus, quæ immobilium jure censentur, hypothecæ vinculo afficiendis servandum est, puta si de jure decimarum aut censuum obligando agatur, *d. edicto Caroli V. ann.* 1529. aut de obligandis annuis reditibus vel nominibus in quorum securitatem res immobiles solemniter obligatæ sunt, Groenewegen ad *l.* 18. *ff. de pignorat. act. & ad Grotii manud. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 31. adde *edicta de* 20. *et* 40. aut denique navigia majora hypothecæ subjicienda sint, *edict. Ordinum Holl. de quadragesima navim* 10. *Mart. ann.* 1622. *art.* 2. *vol.* 1. *plac. pag.* 1978.

10. Generalis hypotheca immobilium intuitu omni prælationis effectu caret; si non coram aliquo Hollandiæ judice constituta & in scripturam solemniter relata fuerit, depensa itidem ærario publico quadragesima debiti parte, *Politike Ordonnantie ann.* 1580. *art.* 35. *placitum Ordin. Holl.* 5. *Febr.* 1665. *vol.* 3. *placit. pag.* 1005. Neostadius *Cur. Holl. decis.* 28. 29. Quod enim a Simone van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 7. *num.* 9. scriptum fuit, generalem hypothecam omnium bonorum non valide constitui moribus nostris, nisi coram magistratu aut judice ordinario loci illius, in quo contrahitur, probandum non est; cum id neque dictet ordinatio politica *ann.* 1580. *d. art.* 35. neque usus induxerit, & generaliter coram quocunque Hollandiæ judice generalem constitui hypothecam testetur Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 28. Groenewegen *ad* §. 7 *Inst. de act.* Quid enim, si quis Leydæ contraxerit, & Hagæ alibique variis in Hollandiæ pagis ac urbibus sita habens immobilia, domum Hagæ positam specialiter coram judice Hagiensi obligaverit in debiti antea Leydæ contracti securitatem, simulque obligationi speciali clausulam subjunxerit vulgatam hypothecæ generalis? Nullam sane generali ejusmodi hypothecæ vim effectumque, cum ratione denegaturum puto. Quin imo, ne præmissa quidem hypotheca speciali, generalem solam coram quocunque non urbano tantum sed & pagano judice Hollando constitutam prælationem post hypothecas speciales creditori tributuram, responsum invenio, nec ullam animadverto dissentiendi causam, Resp. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 49. si modo ex placito Ordinum Hollandiæ anni 1665. superius citato, quod illo responso posterius est, quadragesimæ solutio neglecta non sit. Licet in Frisia generalis hypotheca, quæ per registrationem solemnem inducitur, non nisi coram lege domicilii debitoris fieri possit, uti specialis coram judice loci rei sitæ, Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 15. Plane vi generalis hypothecæ, solemniter coram aliquo Hollandiæ judice constitutæ, non obligantur ex quodam privilegio bona in territorio Amstelodamensi sita, quoties non coram ipsa lege Amstelodamensi obligatio facta est, exceptis navigiis ibi existentibus, Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 47. 48. Sed &, per generalem hypothecam coram aliquo Hollandiæ judice constitutam, sola immobilia in Hollandia sita affici ad effectum prælationis illius, quam generalis hypotheca in Hollandia tribuit, verius est: non item immobilia reliqua, quæ in solo Ultrajectino aut alio extra Hollandiam territorio constituta sunt, licet ibi eadem quæ in Hollandia, generali hypothecæ vis a territorii istius legislatore tributa esset; præsertim ex quo placuit, bona non affici, nisi quadragesima debiti fisco soluta sit; qualis quadragesima cum pro hypothecis in Hollandia constitutis ærario Hollandico, non item Ultrajectino illata sit, non est quod Ultrajectini ratum habeant in ditionis suæ bonis immobilibus jus hypothecæ generalis interposita solius Hollandici judicis auctoritate inductum: ut proinde his merito applicueris illud, extra territorium jus dicenti impune non pareri. Resp. Jurisc. Holl. *p.* 2. *consil.* 123. Rodenburch. *de jure conjug. in prælegom. de statut. diversit. tit.* 2. *cap.* 5. *n.* 16. *in fine p.* 97. Eoque faciunt, quæ habet Chassenæus ad *consuet. Burgund. rub.* 9. §. 2. in verbis *quelque part que ce soit*, & quæ dixi de statutis realibus *tit. de const. Principum* part. altera *de statutis n.* 6. *et* 12.

11. Non tamen hac solemnitate insinuationis apud acta aut quadragesimæ solutione indigent in Hollandia hypothecæ legales, nec obligationes contractæ *op Weeskamers Recht* in utilitatem pupillorum, quorum tutelam gerit ac bona administrat camera pupillaris; nec, si magister navis in locis peregrinis mutuas acceperit pecunias in usus navigationis sub

pignore navis seu carinæ, vulgo, *op Bodemerye Placit. Ordin. Holland.* 5. *Febr.* 1665. *vol.* 3. *placitor. pag.* 1005. *in fine*, & *pag. seq.* & *placit. de quadragesima navium* 10. *Mart.* 1622. *art.* 2. *vol.* 1. *pag.* 1978. Neostadius *Cur. Holl. dec.* 30. Abr. a Wesel *ad novell. constit. Ultrajectin. art.* 22. *num.* 21. Sed & si res immobiles venditæ pro pretio residuo obligandæ sint tempore traditionis, solemniter quidem apud acta id fieri necesse est, sed absque quadragesima solutione, ubi ea pretii totius intuitu jam fisco depensa est *Edict. Ord. Holl. de quadragesima art.* 1. *in fin. vol.* 1. *pag.* 1954. Resp. Jurisc. Holland. *part.* 5. *consil.* 173. *quæst. ult.* Extra quos casus exceptos nullam sibi quisquam prælationem sperare potest in immobilibus debitorum bonis, si superius commemorata solemnitas observata non sit, adeo ut nec illi, qui publico instrumento coram tabellione ac testibus confecto hypothecam sibi constitutam habent, aliis ex privata tantum scriptura agentibus, aut debitum sine scriptura contractum persequentibus, potiores sint, *placito ann.* 1665. Abr. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 22. *n.* 17. 18. Responsa Jurisc. *Holl. par.* 1. *consil.* 241. Quod si culpa vel dolo actuarii ea, quæ ad hypothecæ generalis aut specialis constituendæ solemnitatem desiderata sunt, prætermissa fuerint, vel actuarius rem liberam esse asseruerit rogatus, cum illa jam solemniter alii per publicam scripturam devincta esset, & ob id creditor suo hypothecæ aut prælationis jure careat, adversus actuarium in factum actio ad id quod interest danda foret, ut post Jud. a Sande *dec. Frisic. libr.* 3. *tit.* 12. *definit.* 15. notat Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap* 19. *n.* 86. *in fine.*

12. Hæc de immobilibus. Mobilia ut specialiter pignori obligentur, solemnitate insinuationis apud acta aut quadragesimæ solutione opus non habent, si modo re ipsa creditori in crediti securitatem tradita probentur, *als Pand. ter Minne* ut patet ex *d. placito Ordin. Holl.* 5. *Febr.* 1665. Hugo Grotius *manud. ad Jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 31. Abr. a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 22. *num.* 22. 23. Nec sufficere videtur, quod debitor creditori pignori obligans rem mobilem, constituat, se eam in posterum nomine creditoris vel ut commodato aut precario concessam possidere velle; cum magis in fraudem consuetudinis, traditionem mobilium exigentis, & in necem reliquorum creditorum istud constitui possessorii genus videretur intervenisse. Hugo Grotius in responsis Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 174. *num.* 5. Ant. Matthæus *in parœm. Belgarum Jurisc. parœm.* 7. *num.* 14. Neque versatur, quod a Paulo scriptum est, *si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem me retinere possessionem, quia antequam conduceret debitor, non fuerit ejus possessio, cum & animus mihi retinendi sit, & conductori non sit animus possessionem adipiscendi*, *l. si pignus mihi* 37. *ff. de pignorat. act.* Considerandum enim primo, debitorem hoc ipso, quo rem mihi pignoris datam, iterumque sibi per me elocatam, in tertium alienat, aut alteri creditori suo per traditionem pignori obligat, non amplius nudum manere detentorem, aut meæ possessioni ministerium præbere, sed suo nomine voluisse possidere, atque ita mihi meam intervertisse pignoris possessionem, ac me desiisse possessorem esse, *l. possideri* 3. §. *si rem* 18. *l. si rem mobilem* 47. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* ut proinde sic possessione destitutus nullum mihi deinceps arrogare possim pignoris aut prælationis jus adversus emtores aut reliquos debitoris creditores. Sed & secundo, magis est, ut nostris moribus illud quale quale constitutum possessorium in pignoribus mobilium non ultra probari possit, ex quo placuit, mobilia non habere sequelam, & ob id ipsi rei mobilis possessioni incumbere debere creditorem, ut asserere sibi in ea possit prælationis jus, quippe quod constituti genus, ut jam dictum non nisi in fraudem consuetudinis, traditionem ad pignus mobilium requirentis, & creditorum aliorum circumventionem nunc videri posset interpositum; cum ex adverso de jure Romano non interesset quantum ad ipsum pignoris vinculum seu jus in re, utrum per creditorem acquisita ac retenta, an rursus amissa mobilium possessio esset, aut nunquam fuisset in eum translata. Porro jam dictis consequens est, ut nuda conventio sine traditione non afficiat mobilia debitoris bona, licet is coram tabellione ac testibus instrumento publico ea a se obligari professus sit, *d. placito*, adeoque non ultra in Hollandia post illam constitutionem obtinent ea, quæ antea & variis responsis Jurisconsultorum Hollandiæ & eruditis aliorum scriptis tradita inveniuntur, in mobilibus scilicet juris Romani dispositionem vigere, illos, quibus coram tabellione & testibus hypotheca constituta est, in mobilibus potiores fore iis, quibus postea generalis hypotheca coram lege loci adscripta fuerat, uti ea videri possunt apud Jacob. Coren *observat.* 38. Groenewegen *ad l.* 11. *Cod. qui pot. in pignore.* Respons. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 238. & *part.* 4. *consil.* 190. & *part.* 5. *consil.* 85. *pag.* 310. Potest tamen procul dubio generalis hypothecæ constitutio etiam sine ulla traditione secundum Hollandiæ mores efficax esse, si coram aliquo Hollandiæ judice solemniter constituta & actis publicis insinuata, & quadragesima debiti ærario illata sit, *d. placito* 5. *Febr.* 1665. Et quamvis antea circa generalem immobilium hypothecam observatum sit, eam, in Hollandia constitutam, non pertinere ad immobilia Ultrajecti aut alibi sita, ac vice versa, aliud tamen de mobilibus judicium ferendum est. Cum enim mobilia intelligantur domino suo præsentia esse, ubicunque naturaliter extiterint, ac propterea etiam lege domicilii domini regi soleant, ut dictum *tit. de constitut. Principum*, parte altera, *de statutis num.* 11. necesse est, ut in casu, quo debitor in Hollandia domicilium fovens generalem coram aliquo Hollandiæ judice hypothecam soluta quadragesima constituit, ea in omnibus debitoris mobilibus, etiam longe extra Hollandiam positis, effectum sortiatur, perinde ac si illa domino Hollando præsentia essent, ideoque ex Hollandico jure, tanquam lege domicilii dominici, omnino æstimanda, etiamsi forte mobilia talia essent, quæ ex patrisfamilias destinatione certo erant loco alligata, ut pluribus docet Ant. Matthæus de *auction. libr.* 1. *cap.* 21. *num.* 36. Quod & ad actiones debitoris, generalem hypothecam constituentis, pertinere, quoties illæ tales sunt, ut mobilibus ex usu accensitæ fuerint, tradit Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 23. *defin.* 10.

13. Effectus hypothecæ specialis in immobilibus solemniter secundum modum superius descriptum constitutæ, in eo consistit, quod res ipsas affi-

ciat, deinceps transituras cum suo onere in quemvis possessorem, sive illæ oneroso sive lucrativo titulo in alium sive conscium sive ignarum vinculi pignoris translatæ sint, cum id unum quæratur, an quis possideat rem obligatam aut dolo possidere desierit, ut hypothecaria conveniri ac condemnari possit, *l. si fundus* 16. §. *in vindicatione* 3. *l. Paulus respondit* 29. §. *domus* 2. *ff. h. t. l. sicut re* 8. §. *non videtur* 15. *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv. l. si postquam* 3. *C. ut possess. legator. l. pen. C. de remiss. pignorum, l. debitorem* 14. *C. de pignor. & hypoth. l. si debitor* 12. *C. de distract. pignorum, Politike Ordonnantie van Holl. ann.* 1580. *art.* 36. Nisi fisco hypothecas distrahente siluerint, nec jus suum indicaverint, quippe quo casu actionem suam, quam in rem habebant, amisisse intelligantur, cum fides hastæ fiscalis facile convelli debeat, *l. si hypothecas* 8. *C. de remiss. pignor.* aut nisi pignora ad creditorum petitionem ex decreto judicis adhibitis hastæ solemnibus vendita ac tradita sunt, & creditores hypothecam habentes siluerint, *l. si eo tempore* 6. *C. de remiss. pign.* quo tamen casu nostris moribus pretium succedit in locum rei, licitumque creditori hypothecario cum ceteris creditoribus de protopraxia in pignoris pretio disputare. Quod autem de immobilibus, idem jure civili placuit etiam in mobilibus specialiter obligatis, usque adeo, ut & furtum debitor committere dicatur, *l. si is, qui rem* 66. *ff. de furtis.* Sed cum hodierno jure inductum sit, *mobilia non habere sequelam*, ut multis id explicat Ant. Matthæus *par. Belgarum Jurisc. param.* 7. hinc non aliter creditori securitas immobilibus specialiter obligatis & traditis superest, quam si ipse possessioni sibi traditæ adhuc incumbat, remque teneat, ac proinde tum alienatione tum nova oppignoratione rursus alteri per debitorem eundem mediante traditione facta, perit creditori suum pignoris & prælationis jus, ac res alienata sine onere transit in accipientem aut, si rursus alteri in causam pignoris data sit, eidem tribuit prælationem, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 2. *cap.* 48. *n.* 34 & inter Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 174. Ant. Matthæus *param. Belgar. Jurisc. param.* 7. *n.* 11. *& seqq.* Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 7. *art.* 8. Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 7. *n.* 6. Parens p. mem. Paulus Voet de *mobil. & immob. cap.* 19. *n.* 8. *vers. quod autem spectat.* Quin imo, si verum sit mobilia sequelam non habere, sequetur, etiam tunc, cum res per traditionem oppignoratæ iterum ad debitorem sine furti vitio reversæ sunt, ac, cum is foro cederet, inter reliqua ejus mobilia, ab ipso usque ad latitationem possessa, reperiuntur, in concursu aliorum creditorum ad obærati patrimonium non fore potiorem hunc, qui aliquando rem mobilem jure pignoris possedit, sed dein possidere. Quo facit, quod nec jus pignoris habere aut retinere eum, qui possessionem pignoris debitori suo ex precario aut commodati titulo concessit, supra dictum est. In Rhenolandia tamen venditorem, qui ipsam rem mobilem a se venditam traditaque sibi pignori fore pro pretio pactus est, pignoris istius persecutionem etiam contra tertium habere possessorem, notat Grotius *Manud. ad jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 35.

14. In generali hypotheca jure quidem civili idem placuit, quod in speciali, ut nempe res obligatæ, sive mobiles sive immobiles, non nisi cum onere ex quacunque causa in quemcunque transirent possessorem sive conventionalis, sive legalis, sive prætorii pignoris jure affectæ essent, ut patet ex *l. rei* 17. *Cod. de distract. pignor. l. un. Cod. rem. alienam gerentibus, non interdici rerum suarum alienatione, l. si quis prioris* 8. §. *ult. C. de secund. nuptiis, l. si postquam* 3. *C. ut in possess. legator.* §. *item si quis* 6. *Instit. de action.* arg. *l. ult. C. de remiss. pignoris.* Unde & variis juris nostri locis indistincte dicitur pignora alienata cum suo onere seu causa transire, *l. si debitor* 12. *C. de distract. pignor. l. debitorem* 15. *C. de pignor. & hypoth.* exceptis mercibus in taberna, *l. pen. ff. h. t.* & servis generaliter tantum obligatis, quod dominus manumittere non impeditur, favore libertatis, *l. ab eo* 3. *de servo pignori dato manumisso, l. pen. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contrah.* Ad Bachovium *de pignoribus libr.* 2. *cap.* 5. *num.* 3. Nostris vero moribus immobilia generali hypotheca solemniter coram lege loci devincta si quidem titulo oneroso in tertium bona fide accipientem alienata sint, non amplius vinculo pignoris obnoxia manent; at si lucrativo titulo, durat etiamnum pignoris causa, & hypothecaria adversus possidentem titulo lucrativo salva est. Diversitatis ratio tum in eo consistit, quod oneroso tenens titulo æque de damno evitando agat ac creditores, at ex lucrativo possidens cum jactura creditorum locupletaretur, contra naturalem æquitatem, arg. *l. quod autem* 6. §. *simil.* 11. *ff. quæ in fraud. creditor. l. nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indeb.* tum etiam, quia tunc, cum ex oneroso titulo res translata est, creditor adhuc securitatem quandam habet in actione ad pretium debitori vendendi competente, ut & in ipso pretio, dum utique & pretium est in bonis debitoris, ac sub hypotheca generali, præsentia ac futura continente, comprehensum; quod in titulo lucrativo non ita contingit. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 2. *cap.* 48. *num.* 29. 30. Groenewegen *ad l.* 14. *C. de oblig. & act.* Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 19. *n.* 79. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 319. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 7. *num.* 9. Si tamen hypotheca generalis non conventionalis sed legalis sit, magis est, ut æque moribus hodiernis, ac jure Romano, res immobiles sub ea comprehensæ non nisi cum onere etiam in emtorem, aut alio ex titulo oneroso accipientem transferantur; quia generali quidem hypothecæ conventionali sua vis imminuta apparet per edictum politicum Hollandiæ, anni 1580. *art.* 35. (in quantum generalis anterior debilior est speciali posteriore) at nequaquam detractum quid invenitur hypothecæ legali ex iis, quæ jure civili obtinuerunt, sed altum de legali in *d. artic.* 35. Silentium est; quo etiam fundamento responsum, generalem legalem anteriorem adhuc hodie potiorem esse speciali posteriore conventionali. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 189. & 392. (Adde Sande *decis. Frisic. libr.* 3. *tit.* 12. *defin.* 16. *in med.*) quorum autem eadem vis est quantum ad prælationis effectum, eorum cur non etiam par esset potestas ad res non nisi cum suo onere in tertium trasmittendas, causam non animadverto: extatque in hanc sententiam responsum Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 140. Sed & secundo fallit id, quod de generaliter ex conventione obligatis sine onere per titulum onerosum transeun-

tibus supra dictum, in rebus immobilibus Amstelodami sitis ac ibidem generaliter coram lege loci obligatis: in quantum ibi quoque generalis hypotheca conventionalis ex privilegio eandem cum speciali vim habet; adeoque efficit, ut & generaliter obligata non nisi cum sua causa, seu pignoris nexu, in emtorem transferantur. *Placit. Ordin. Holl.* 8. *Martii* 1594. *vol.* 2. *placiter. pag.* 2211. & 30. *Januarii* 1608. *d. vol.* 2. *pag.* 3005. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 48 49. Groenewegen *ad d. l.* 14. *C. de oblig. & action.* Denique nec prætermittendum, in diœcesi Ultrajectina ita jus esse, ut generalis rerum obligatio idem operetur cum speciali quantum ad bona sita sub jurisdictione judicis ejusdem inferioris, coram quo constituta est, (licet respectu cæterorum immobilium in alterius judicis inferioris Ultrajectini territorio sitorum, non majorem Ultrajectinæ quam Hollandicæ leges effectum generali tribuerint hypothecæ) indeque nec alienationem, utcunque titulo oneroso factam, perimere jus pignoris ex illa generali hypothecæ conductione talibus in rebus natum, Rodenburch *de jure conjugum tract. prælimin. de statutorum diversit. tit.* 2. *cap.* 5. *n.* 16. *in fine pag.* 97. Parens p. mem. Paulus Voet *de mobil. & immobil. cap.* 19. *num.* 8. Adde tamen omnino, quæ scripsit *h. t. n.* 16. *circa fin.* Mobilium rerum intuitu generalis hypotheca coram lege loci, præstandis, solemniter constituta, ut & ea, quæ per legem inducta est, prælationem illis tribuit, in quorum gratiam ac securitatem interposita est, quamdiu res illæ manent in dominio debitoris, nec ulli alii postea specialiter pignori traditæ sunt: ut in hisce etiam potior sit futurus jure, qui tempore prior est. Sed quam primum mobilia per debitorem alienata fuerint, evanescit creditoribus omne suum pignoris jus, & si post generalem hypothecam conventione vel lege inductam mobilia quædam creditori per debitorem in causam pignoris tradito probentur, vel etiam termini tales sint, ut creditori jus retentionis pro debito in re mobili a se possessa ex lege vel consuetudine competat, (de quo *tit. de compensationibus in fine.*) is in istis sic traditis aut jure retentis prælationem sibi jure vindicaverit ante eos, qui anteriorem generalem sive conventionalem sive legalem habent. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 19. *num.* 74. & *cap.* 20. *n.* 18.

15. Cæterum uti res generali hypotheca conventionali affectæ jure civili æque ac specialiter obligatæ transibant in quemvis possessorem cum suo onere, quocunque fuissent titulo alienatæ, ita quoque prælationis intuitu generalis easdem cum speciali vires habuit, adeo ut sola generali munitus anteriore, sive conventionali sive legali, potior fuerit eo, cui specialiter postea res quædam ex generaliter devinctis obligatæ fuerant, idque in ipsis illis rebus specialiter posteriori obligatis, etiamsi creditori anteriori facile fuerit ex rebus aliis generaliter obligatis suum consequi, cum non debuerit ei per supervenientem hypothecam specialem adimi suum jus eligendi ex generaliter obligatis eam rem, cujus persecutionem sibi faciliorem aut commodiorem aut tutiorem arbitratur, *l. qui generaliter* 2. *ff. qui pot. in pign. l. si generaliter* 6. *C. eod. tit.* Carpzovius *defin. for. par.* 2. *constit.* 23. *defin.* 29. Brunnemanus *ad l.* 2. *ff. qui pot. in pig. in pr.* Dissent. Costalius *ad d. l.* 2. *n.* 8. *& seqq.* Unde &, si tibi obligaverim omnia bona mea, ac Titio specialiter fundum Cornelianum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium ejus acquiram, concursum in pignore creditorem utrumque, Ulpianus docet; quia primo dominii per debitorem acquisiti momento jus creditoris utriusque simul pignoris intuitu firmatum fuit, *l. idemque est* 7. §. 1. *ff. qui pot. in pign.* Si tamen rebus quibusdam specialiter obligatis, insertum ulterius cautioni fuerit, *ut cætera quoque debitori, perinde atque si specialiter hæ res fuissent obligatæ*, juxta formulam in *l. & quæ nondum* 15. §. *quod dicitur* 1. *ff. h. t.* non aliter creditori permittendum ad excutienda bona sibi generaliter obligata procedere in præjudicium illorum creditorum, quibus postea quædam ex his specialiter obligata sunt, quam si prior ille creditor ex excussis specialiter sibi obligatis suum consequi nequeat; eo quod generalis tunc magis in subsidium constituta creditur, *l. quamvis constet* 2. *C. h. t. d. l.* 2. *in fine ff. qui pot. in pig.* si modo ibi pro *generaliter* cum Cujacio & aliis, Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 26. Covarruvias *variar. resolut. libr.* 3. *cap.* 18. Neostadius *Curiæ suprem. decis.* 41. Joh. Papon *lib.* 18. *tit.* 6. *arrest.* 34. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 11. & *cap.* 19. *num.* 78. Brunnemanus *ad l.* 2. *ff. qui pot. in pignore n.* 2. *& seqq.* Carpzovius *d. par.* 2. *constit.* 23. *defin.* 29. Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 6. *defin.* 8. Negusantius *de pignoribus membro primo octavæ partis n.* 20. Wasenaar *pract. jud. cap.* 22. *num.* 67. Plane creditoribus aliis se non opponentibus, licentia illa persequendi prius generaliter obligata, creditori deneganda non est, utcunque debitor se opponeret, & desideraret specialiter obligatorum distractionem, arg. *d. l.* 2. *C. h. t.* Johan. Papon & Ant. Matthæus *d. l.* Radelantius *Cur. Ultraject. decis.* 18. *n.* 2. Idemque est, si contra tertium agatur rei generaliter obligatæ possessorem, qui creditor hypothecarius non est; cum Impp. in *d. l.* 2. *C. h. t.* creditori quidem posteriori hac ratione subvenire voluerint, nihil autem tale aliis indulserint. Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 6. *defin.* 9. Quid, quod nec ipsi creditores specialem hypothecam posteriorem habentes impedire possunt, ne generalem simul & specialem habens excutiat prius ea, quæ postea specialiter aliis obligata erant, quoties in conjuncta generalis ac specialis pignoris constitutione id additum, ne generali per specialem aut speciali per generalem derogetur aut præjudicium fiat. Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 6. *defin.* 8. Ant. Matthæus *d. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 78. Brunnemannus *ad d. l.* 2. *ff. qui pot. in pign. n. ult.* Wassenaar *pract. jud. d. cap.* 22. *num.* 67.

16. Quamvis autem Hollandiæ jure certum sit, generalem anteriorem hypothecam conventionalem debiliorem esse speciali posteriore, eique postponi. *Politike Ordonantie van Holland. ann.* 1580. *art.* 35. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 41. *in pr.* Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 42. ac idem quoque Mechliniæ alibique servetur, Christinæus *ad Leg. Mechelin. tit.* 13. *art.* 14. *n.* 5. atque etiam Ultrajecti obtineat quantum ad bona generaliter obligata, sed sita extra territorium judicis inferioris, coram quo hypotheca generalis constituta est: tamen superiores ex jure Romano decisiones etiamnum probandæ sunt tum Amstelodami, ubi generalis & specialis hypothecæ coram judice Amstelodamensi constitutæ, quantum ad bona in illo territorio sita, æqualis vis ac potestas

est; tum Ultrajecti ratione bonorum, quæ jurisdictioni judicis illius subjecta sunt, apud quem specialis simul ac generalis hypotheca solemniter constituta est; (quod tamen post hæc prima vice edita mutatum est, dum clausulæ generalis hypothecæ conventionalis, subjunctæ obligationi speciali immobilium, omnino obligandi vis a Provinciæ Ultrajectinæ Ordinibus denegata est. *Ordonnantie rakende de verteniſſen en hypotheequen* 18. *Jan.* 1700. *artic.* 1. 2.) tum denique illis in casibus, quibus hypotheca legali generali anteriore res sunt affectæ, quæ dein specialiter alteri creditori fuerunt obligatæ: cum hactenus neque jus civile statutis abrogatum appareat, neque ratio satis justa a populi moribus geniove deprompta, ullam hac in parte jubeat mutationem. Confer Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 16.

17. Illud quoque ad hypothecæ tum generalis tum specialis effectum pertinet, quod creditori licitum sit etiam nomina sui debitoris, cum rebus ceteris aut specialiter sibi obligata, excutere sine ulla actionis cessione, adeoque exigere a debitoris sui debitoribus id, ad quod illi primo debitori obligati sunt, intentata utili hypothecaria actione, vel utili actione tali personali, qua ipse debitor potuisset experiri, *l. cum convenit* 20. *ff. d. t. l. si convenerit* 18. *ff. de pignorat. act. l. nomen* 4. *C. quæ res pign. oblig. l. postquam* 7. *C. de hered. vel act. vend.* Groenewegen *ad tit. C. quando fiscus vel privatus debitoris sui debitores convenire possit.* Post Sandium *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 24. 25.

18. Est autem hypotheca accessio quædam principalis obligationis, sine qua regulariter haud subsistit. Unde, si quis Titio promiserit, se Titio aut Mævio daturum decem, quia soli Titio obligatio quæsita, Mævius solutioni tantum adjectus est, responsum fuit, Mævio inutiliter pignus constitui, ac illud etiam ante solutionem repeti posse, *l. is, qui promisit* 33. *ff. h. t.* Accedere vero potest vel debito naturali & civili simul, vel naturali tantum, *l. res hypotheca* 5. *ff. h. t.* si modo naturalis obligatio sibi relicta ac non per jus civile improbata sit. Qua ratione, licet negari nequeat, quin & prodigus ex promissione sine curatoris auctoritate facta, & mulier ex sua intercessione, & filius familias ex causa mutui naturaliter obligentur; tamen, quia vel lex vel senatus obligationes tales in universum reprobavit, non magis pignorum quam fidejussorum interventu eas firmari, verius est, *l. si alius* 2. *ff. qua res pign. dari*, arg. *l. is, cui bonis* 6. *ff. de verbor. obligat. l. si mulier* 16. §. 1. *l. ult.* §. *si mulier.* 1. *ff. ad Senatusc. Vellejanum, l. sed si paterfam.* 9. §. *non solum* 3. & *seqq. l.* 10. 11. *ff. de Senatusc. Macedon.* Idemque est, si pignus obligatum sit pro debito, cujus petitio exceptione jurisjurandi vel rei judicatæ perimi potest, licet non ex vero juratum, aut debitor per injuriam judicis absolutus sit, *l. si deferente* 13. *ff. quib. mod. pignus vel hypoth. solv.* Neque interest, an pro proprio an pro alieno debito quis suis in rebus hypothecam constituat, *l. res hypotheca* 5. §. *ult. ff. h. t.* Nec, utrum pro principali debito, an pro accessionibus ejus: nam &, si principale debitum addita pœnæ promissione munitum sit, vel usuræ fuerint in conventionem deductæ, in pœnam quoque ac usuras obligari posse pignus expeditum est, utcunque in stricti juris negotiis non stipulatione sed pacto pœna vel usura promissa esset; cum utique naturalis inde nascatur obligatio, cui recte pignus accedere jam dictum est, *l. grege pignori* 13. §. *ult. ff. h. t. l. si necessarias* 8. §. *ult. l. solutum* 11. §. *si in sortem* 3. *ff. de pignorat. act.* Ut tamen in dubio pignus non in usuras, sed tantum in sortem, obligatum præsumatur, quoties simpliciter, & non in omnem causam devinctum est, arg. *d. l. solutum* 11. §. 3. *ff. de pign. act. l. per retentionem* 4. *l. si usuras* 21. *l. pignoribus* 22. *C. de usuris.* Quod enim a Cujacio scriptum est, pro usuris in stipulatum deductis etiam pignus teneri; licet nihil convenerit specialiter, sed data sint pignora simpliciter, *lib.* 15. *observ.* 22. *in med.* id neque ratione probatur, neque legibus illis, quæ ab eo adductæ sunt, puta *l.* 8. §. *ult. ff de pignorat. act. l. creditor* 12. §. *sciendum* 6. *l. Lucius* 13. *l. pen. ff. qui pot. in pign.* cum utique primo nulla in illis stipulationis de usuris interpositæ mentio fiat; ac secundo ibidem non definiatur, utrum pignus etiam specialiter in usuras devinctum sit, nec ne. Denique, quia usuræ in stipulatum deductæ aliam separatam a sorte constituunt obligationem, longe minus in has videri potest pignus per consequentiam sine speciali conventione obligatum, quam in illas, quæ vel ex pactione contractui apposita ac contractus ipsius partem faciente, vel ex officio judicis, adjudicatæ sunt, arg. *l. centum capræ* 8. *ff. de eo quod certo loco.* Videturque hæc sententia nostris moribus tanto magis conveniens, quia nunc ne ex speciali quidem conventione, ut & pro usuris res pignori sit, prælatio usurarum intuitu in universum datur, sed tantum ratione triennii, aut alterius modici temporis, statutis definiti. Confer Jacobum Coren *observ.* 18. Ant. Fabrum *Cod. lib.* 6. *tit.* 23. *defin.* 11. Fachineum *controvers. lib.* 7. *cap.* 57.

19. Non tamen desunt in jure nostro casus nonnulli, quibus vel obligationi inutili pignus efficaciter accedit vel sublata principali obligatione, quæ subfuerat, pignus adhuc obligatum manet. Nullam esse ipso jure immobilium ad minores pertinentium alienationem, quoties decretum magistratus interpositum non est, ex multis apparet Principum rescriptis, *l.* 2. *l. prædiorum* 10. *l. si prædium* 16. *C. de præd. & aliis reb. minor. sine decreto non alien.* & tamen, si tutor aut curator pignora ex rebus propriis emtori ob evictionis periculum obligaverit, eorundem persecutio emtori patet, *l. & si is* 9. *C. de præd. & aliis reb. minor.* Ex pluribus debitoris unius heredibus unusquisque eam solvendo debiti partem, ex qua heres est, desinit quidem creditori actione personali obligatus esse; sed non ideo minus creditori liberum est una cum reliquorum heredum solvere cessantium partibus, quas in pignore per defunctum dato habent, etiam ejus partem tanquam adhuc devinctam distrahere, qui jam per solutionem a personali erat actione liberatus; eo quod individua pignoris causa est, *l. unus ex multis* 16. *C. de distract. pignor. l.* 1. *C. de luit. pignoris, l. pro hereditariis* 2. *C. de hereditar. action. l.* 1. 2. *C. si unus ex pluribus hered. creditoris & debitoris &c.* Præterea cum aliquando in casibus quibusdam peculiaribus contingeret, ut vel præscriptione, vel rei judicatæ exceptione, vel aditione ac confusione debita principalia extinguerentur mera juris civilis subtilitate, aut saltem mera ratione civili, manente revera obligationis æquitate, inde factum fuit, ut & tunc pignoris persecutionem durare responsum sit; in facti speciebus propositis in *l. qui occidit* 30. §. *pignori* 1. *ff. ad leg. Aquil. l. servum quem* 27. *ff. h. t. l. cum quis*

58. §. *ult. ff de solution. l. debitor sub* 59. *ff. ad Senatusc. Trebell.* quas plenius explicat Bachovius *de pignoribus lib.* 5. *cap.* 2. *n.* 4. *& seqq.* Ac ad hæc jam enumerata, & si quæ alia occurrant his simi ia, referendum ac restringendum, quod generalius a Gordiano rescriptum fuit, vincula pignoris durare actione personali submota, *l.* 2. *C. de luit. pign.* Quamvis alioquin Donello *ad d. l.* 2. placuerit, mendosam esse vulgatam illius legis lectionem, rescriptum potius fuisse, *vincula pignoris non durare, &c.*

20. Pro debito in diem, & eo quod sub conditione debetur, recte pignus constitui placuit, *l. res hypo. hecæ* 5. *l. grege* 13. §. *pen. l.* 14. *ff. h. t.* sed & pro evictione rei venditæ, *l. si fundi* 2. *C. de pactis pignor. l. etsi is* 9. *C. de præd. a iis reb. minor.* Neostadius *Curiæ supr. decis.* 97. (*vel* 96.) *quæ incipit, Gulielmus*, denique etiam pro debito prorsus incerto, etiamnum contrahendo, pignus efficaciter obligari; operaturum tunc, cum debitum contractum fuerit, dubium non est, *l.* 1. §. *alia causa* 1. *ff. qui pot. in pig* An autem nunc jure nostro obligatio talis in immobilibus efficax futura sit, utcunque coram lege loci facta, si non certa quædam quantitas pecuniaria, quæ in contractum futurum deducenda erit, exprimatur, ejusque pars quadragesima inferatur ærario, merito hæsitaveris, postquam *anno* 1665. 5. *Febr.* ab Ordinibus Hollandiæ constitutum fuit, nullam prælationem ex causa pignoris adjudicandam esse, quoties pars debiti quadragesima in utilitates publicas depensa non est, neque inter casus nominatim exceptos debiti conditionalis aut incerti adhuc contrahendi ulla mentio est. Porro ex quo tempore hujusce modi debita prælationem habeant, *tit.* 4. *num.* 30. traditum est.

21. Adjici hypothecæ possunt pacta honesta & licita; veluti, ut interitus pignoris liberet debitorem, si modo non dolo, aut culpa debitoris, sed casu acciderit obligatæ rei interitus, *l. quæ fortuitis* 6. *C. de pignor. act.* Ne intra certum tempus pignus luatur. Vide *tit. de reb. creditis n.* 20. Ut, debito intra certum tempus non soluto, creditori liceat auctoritate propria ingredi fundi pignorati possessionem; cui tamen ingressioni si deinde resistat debitor, nihil vi aut armis, sed tantum publica magistratus auctoritate, tentandum foret, *l. pen. C. de pignorat. act.* junct. *l. creditores* 3. *C. h. t.* arg. *l. non est singulis* 176. *ff. de reg. juris, l. sed & partus* 12. §. *ult. l.* 13. *ff. quod metus causa*, Brunnemanus *ad l.* 3. §. 2. *ff. qui potior in pign.* & de eo casu, quo debitor non resistit, accipiendus Paulus *recept. sent. lib.* 5. *tit.* 26. §. *ult.* Est & efficax conventio, ut creditor ex pensionibus pignoris ipse creditum recipiat: quo casu & utilem locati actionem adversus conductorem habet, *l. cum convent.* 2. *ff. h. t.* Ut debito non soluto, creditor aut fidejussor solvens pignus justo pretio emtum habeat, *l.* 1. *C. de pactis pignor. l. si fundus* 16. §. *ult. ff. h. t. l. ult. si de contrab. emt.* arg. *l. Titius, cum* 34. *ff. de pign. act.* Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 23. *defin.* 1. *fere in pr.* Ut creditori liceat pignus vendere; quale pactum reale est, unde heredi quoque creditoris ac cessionario competit vendendi jus: licet pactum in personam creditoris conceptum sit, si nihil in contrarium actum appareat; eo quod persona plerumque pacto inseritur non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur, cum quo pactum factum sit. Quod puto Pomponium voluisse in *l. si necessarias* 8. §. *pen. ff. de pignorat. act.* arg. *l. juris gentium.* 7. §. *pactorum* 8. *ff. de pactis.*

22. Valet quoque pactum, ne creditori liceat pignus vendere; cujus ea vis est, ut non nisi post trinam denunciationem, per quam contumacia induci solet, venditio procedat, *l. si convenit.* 4. *in fine ff. de pignorat. act.* Valet & vicissim, *ne id liceat debitori*, usque adeo, ut Marcianus scripserit, certum esse, factam adversus tale pactum *venditionem esse nullam, ut pactioni stetur, l. si creditor* 7. §. *ult. ff. de distract. pign. & hypoth.* Quamvis enim communiter ita jus sit, ut pacta de non alienando rem non afficiant, sed tantum obligent personam paciscentis, ideoque contra pactum secuta venditio neque nulla, neque rescindenda sit, sed plenum effectum sortiatur, actione tantum personali in id quod interest, adversus eum data, qui vendendo fregit pacti fidem, ut dictum *tit. de contrab. emt. num.* 15. jure tamen singulari hic contra placuit, emtionem magis ipso jure nullam esse, ut pactioni stetur. Scilicet, cum pacto de non alienando venditioni rerum aut alteri simili apponitur contractui, uti contractus ipse rem non afficit, sed personam obligat, ita & pacto adjecto non majorem tribui effectum æquum fuit, ut accessio suum sequatur principale: sed cum & contractus pignoris & pactum hypothecæ jure quodam proprio creditori tribueret jus in re, ipsamque rem afficeret, transituram deinceps cum onere illo in quemvis possessorem, non mirum fuit, secundum Marcianum, pactione de pignore per debitorem haud vendendo rem ipsam quoque fuisse affectam, ne accessorium a sui principalis natura declinaret, adeoque venditionem contra pactum celebratam perinde nullam fuisse habitam, ac si contra legis aut testatoris prohibitionem intercessisset.

23. Præcipue vero probatum in pignoribus pactum antichresios, quo id agitur, ut creditor utatur pignore in vicem usurarum, donec debitum solutum fuerit, sive ipse ædes inhabitando fundosve colendo percipere fructum aut utilitatem velit, sive aliis elocare; adeo ut, si ante exsolutum debitum possessionem amiserit, vel hypothecaria actione ex communi hypothecarum natura rem obligatam persequi possit, vel ad recuperandam antichresin, seu mutuum pignoris usum pro credito, in factum actione uti, *l. si is qui bona* 11. §. 1. *ff. h. t. l. si ea lege* 17. *C. de usuris.* Estque hoc pactum primo vel expressum, *d. ll.* vel tacitum, de quo tacito Paulus tractat in *l. cum debitor* 8. *ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contrab.* Quamvis enim verum sit, non hoc ipso, quo in creditum gratuiti usus (cujus respectu nullæ usuræ in conventionem deductæ) pignus datum fuit, etiam protinus usuras tacite promissas videri, sed magis fructus per creditorem ex pignore percepti in sortem imputandi sint, sic ut tandem perceptione fructuum debitor quoque in totum liberetur, *l.* 1. 2. 3. *ult. C. de pignorat. act. l.* 1. *C. de distract. pign.* non tamen inde recte omnem antichresin tacitam, velut jure incognitam, cum Vinnio reprobaveris, *select. quæst. libr.* 2. *cap.* 7. *num.* 3. Cum utique inscriptio tituli, in quem relata est *d. l.* 8. satis monstret, de tacita conventione accipi oportere quæ ibidem cauta sunt; atque insuper ipsa facti species de sententia *d. legis* 8. per Vinnium concepta, id firmet aperte. Sive enim retentis verbis legis eam

de credito accipias gratuito; seu quod ab initio usurarium non erat, deque pignore in illud creditum obligato, ac statuas cum Vinnio, creditorem, si nolit amplius gratuitam esse pecuniam, & debitor interpellatus moram solutioni faciat, retinere ex eo tempore posse usuras de fructibus rei pignoratæ usque ad legitimum usurarum modum: sive ex adverso contendas in *d. l.* 8. addita particula *non* legendum esse, *cum debitor non gratuita pecunia utatur;* utroque in casu tacita antichresios pactio reperitur. Creditor namque vel nomine pecuniæ non gratuito concessæ usuras conventas ex fructibus pignoris sibi servat, etsi ea lege pignus haud datum esset, adeoque expressum deesset pactum antichresios; vel e contrario usque ad legitimum usurarum modum ex fructibus perceptis usuras deducit ob moram in restituenda pecunia gratuita factam, indeque inductum ex legis aut prudentum interpretatione tacitum pactum de usuris solvendis, fructibusque in vicem usurarum usque ad legitimum modum retinendis; cum constet, solam moram sine conventione expressa aut tacita in stricti juris judiciis sufficientem non esse ad producendam usurarum obligationem. Sed & secundo vel simpliciter interponitur pactum antichresios, prout jam supra definitum est ex *d. l.* 11. §. 1. *ff. h. t.* & *l. si ea lege* 17. *C. de usuris*, vel in subsidium in casum moræ, veluti, *ut ad diem usuris non solutis fructus hypothecarum usuris compensarentur fini legitimæ usuræ*, quo casu, licet initio minores usuræ in stipulatum deductæ essent, recte tamen post diem moræ graviores usuræ promissæ petuntur, quatenus legitimum non egrediuntur usurarum modum, *l.* 1. §. *pacto* 3. *ff. h. t.*

24. Utrum autem antichresis legitimum excedere possit usurarum modum, vulgo quæritur. In tacita quidem superius delineata id fieri non posse, patet ex *d. l. cum debitor* 8. *ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contr.* & rationi conveniens est, ne alioquin lex, per cujus benignam interpretationem pactum tale tacitum inductum est, semet ipsam quodammodo videretur destruere, sibique in ea parte, quæ legitimam usurarum quantitatem definit, adversari. At in expressa videndum, utrum certus fructuum proventus sit, nec ne. Nam si certus sit, dum forte prædium urbanum vel rusticum pignori datum elocatum fuit, vel nomen usurarium per debitorem obligatum, & id actum, ut vel pensio, vel usura nominis cederet in vicem usurarum, magis est, ut nec tunc antichresis superare debeat modum usurarum a lege præscriptum, arg. *l. si ex pactione* 14. *C. de usuris.* Si vero incertus fructuum proventus sit (quod accidit, cum prædium rusticum pignori datur creditori colendum ab eo ea lege, *ut fructus in vicem usurarum consequeretur*) obtentu majoris percepti emolumenti propter incertum fructuum proventum rescindi placita non posse, rescriptum est, *l. si ea lege* 17. *C. de usuris.* Idemque dicendum, si id actum fuerit, *ut creditor domum sibi obligatam inhabitaret vice usurarum*, licet ex domus illius elocatione plus emolumenti redigi potuisset, quam usurarum legitimarum ratio patitur; quia potius conducta vilius habitatio, quam illicitum fœnus contractum videtur, *d. l.* 14. *C. de usuris*. Si tamen ipse creditor locando domum fundumve, pensionem inde certam redegerit, placuit Frisiæ Senatui, etiam tunc antichresin ad legitimum evocandum esse usurarum modum, arg. *d. l.* 14. Sande *decis. Frisic. libr.* 3. *tit.* 12. *def.* 10. Confer de antichresi Molinæum *de usuris quæst.* 35. *num.* 259. & *seqq.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observat.* 3. Mynsingerum *cent.* 6. *observ.* 71. Sande *d. defin.* 10. Carpzovium *defin. forens. part.* 2. *constit.* 30. *defin.* 40. 41. 42.

25. Pactum commissorium quod attinet, etsi illud emtioni recte adjiciatur, *tit. ff. de lege commiss.* & olim forte secundum quorundam opinionem in pignoribus quoque ac hypothecis toleratum fuerit; postea tamen in hisce, velut asperum & iniquitatis plenum, reprobatum a Constantino invenitur, *l. ult. C. de pactis pignorum*, quippe quo cum id agatur, ut debito intra certum tempus non soluto apud creditorem pignus pro debito remaneat, maximi sæpe momenti ac pretii res in æris alieni exigui cederent exsolutionem; debitore egeno ac præsentis rei nummariæ angustia presso facile patiente, dura quæque & inhumana contra se scribi, dum ante insertum legi commissoriæ diem meliora sibi tempora ac fortunam meliorem pollicetur, atque ita pacti asperitatem solutione se aversurum sperat; cui tamen spei, lubricæ satis ac fallaci, eventus deinde haud raro non respondet. Confer Pinellum *ad rubric. C. de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 27. & *seqq.* Rittershusium *partit. feudal. libr.* 1. *cap.* 11. *num.* 4. Bachovium *de pignoribus libr.* 1. *cap.* 15. Covarruviam *variar. resolut. libr.* 3. *cap.* 2. *num.* 6. Neque interest, utrum statim in ipsa pignoris hypotecave constitutione talis pactio interposita fuerit, an ex intervallo; eo quod æque postea, durante eadem debitoris inopia per intempestivam, aut saltem debitori misero gravem, difficilem, ac quacunque ratione protelandam ac declinandam debiti exactionem, creditor extorquere posset hanc duram legem; ut proinde non minor etiam tunc iniquitatis ratio pro pacti ex intervallo concepti nullitate pugnet, licet multi contra sentiant, ut auctor est Ant. Faber *Cod. libr.* 8. *tit.* 23. *def.* 1. Non etiam refert, utrum inter debitorem & creditorem pactio hujusmodi intercedat, an inter debitorem & fidejussorem ejus, sive simul pignore & fidejussore dato caverit debitor, sive fidejussori ipsi in securitatem indemnitatis pignus constituerit; cum constet, ipsum quoque fidejussorem esse ejus, pro quo fidejussit, creditorem, atque adeo eadem iniquitatis uti occasio, ita & ratio, pactionem talem reprobari suadeat. Eoque facit *l.* 1. *C. de dolo.* Neque obstat *l. ult. pr. ff. de contrab. emt.* Cum vel emenda fuerit per *l. ult. C. de pactis pignorum*, idque ex sententia eorum, qui olim legem commissoriam in pignoribus probatam fuisse autumant: vel non agat de pacto commissorio, sed de conventione, qua id actum, ut pignus fidejussori justo pretio emtum sit, Pinellus *ad rubr. C. de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 13. Covarruvias *var. resolut. libr.* 3. *cap.* 2. *num.* 7.

26. Est & legi commissoriæ plane simile, si non idem, adeoque jure eodem censendum pactum, quo id agitur, ut, quicquid ex pignore vendito redactum fuerit, id sibi habeat creditor in debiti solutionem, sive pluris sive minoris, quam est in debito, pignus distractum sit; sicuti & illud, ut debito intra certum tempus non soluto *debitor pignus creditori cedat*; si illud *cedere* ita interpreteris, ut creditori pignus in solutum cedat pro debito: cum non obstante tali conventione liceat debitori oblata debiti quantitate pignus luere sibique recipere, arg. *l. Callippo* 45

ff. de solutionibus. Unde & ab Alexandro Imp. definitum fuit, pactione tali venditionem pignoris non censeri contractam, sed id comprehendi, quod jure suo creditor in adipiscendo pignore habiturus erat, atque ita communi jure creditorem debere hypothecam vendere, *l.* 1. *C. de pactis pignorum*. Nec his contrarium est rescriptum Imperat. Diocletiani & Maximiani in *l. ult. C. de distract. pignor.* cum illic non quæratur, an id, quod supra debiti quantitatem ex pignore vendito redactum est, penes creditorem remanere debeat, sed id unum, qua actione superfluum per debitorem repetendum sit; ac determinetur, non in rem actionem in id competere, sive pretium ipsum apud creditorem existat, sive fundus ex superfluo per creditorem comparatus sit, sed solam in personam, id est, pignoratitiam de superfluo movendam esse, *si nihil convenit specialiter*, id est, si non convenit, ut etiam in rem actione debitori superfluum, aut comparatum ex superfluo fundum, petere liceret. Minus obest *l. a Divo Pio* 15. §. *si pignora* 3. *ff. de re judicata*. Non enim ibi pactio intercesserat, ut pignus creditori addiceretur ea quantitate qua debetur; sed, cum pignora in judicati causam capta emtorem non invenirent, rescriptum fuit, ea creditori petenti addici posse, *ea quantitate, qua debetur*, id est, *ad modum debitæ quantitatis*; ita ut, si pignora debito minora sint, superfluum petere creditor non prohibeatur, & contra, si pluris, tantam pecuniam restituere teneatur; ita interpretante post Duarenum Antonio Matthæo *de auction. libr.* 1. *cap.* 10. *num.* 30. Quæ interpretatio etiam juvatur ex verbis sequentibus *d. paragraphi* 3. dum dicitur; *nam si creditor maluerit pignora in creditum possidere, iisque esse contentus, rescriptum est, non posse eum, quod amplius sibi debetur petere, quia velut pacto transegisse de credito videtur, qui contentus fuit pignora possidere, nec posse eum in quantitatem certam pignora tenere, & superfluum petere*. Nempe, si ad modum debitæ quantitatis pignora creditori addicta essent, poterat id, quod minus erat in pignore quam in debito, adhuc exigere; sed si maluerit pignora in creditum possidere iisque contentus esse, id est, interprete eodem Matthæo *d. loco*, maluerit ea in solutum accipere, minoris valentia quam quantum erat in debito, id quod amplius in debito est, petere ultra non poterat, quia intelligebatur *velut pacto transegisse de credito*; transactio autem supponit aliquam debiti remissionem; nec quisquam amplius, quam sibi deberi ab initio contendit, sed minus, transigendo consequitur, remittens aliquid eo, quod sibi putat debitum esse.

27. Qui autem hypothecæ obligare possint, quibus id ex adverso licitum non sit, id simul cum illa quæstione, quæ res pignori dari possint *tit.* 5. explicandum erit.

TITULUS II.

In quibus causis Pignus vel Hypotheca tacite contrahitur.

SUMMARIA.

1. *Tacitum pignus est, si quis fidejubeat pro eo, qui rem fidejubentis pignori ante dederat, vel scribat chirographum continens rei suæ obligationem, aut ei subscribat; aut si paciscatur, ut liceat creditori rem certam vendere, si debitum intra certum tempus solutum non sit.*
2. *Tacite obligantur pro pensionibus illata in prædium urbanum; fructus nati in prædio rustico, sive pendentes, sive jam in horrea devecti, imo & cum a curatore bonis dato distracti, idque ratione pretii, non si ab ipso colono ante præclusionem venditi, nec tunc in pretio, pignus durat. Invecta in prædium rusticum tacite obligata non sunt.*
3. *Invecta in prædium rusticum tacite obligantur, cum illud natura sterile est, ut horreum, stabulum, area tritutaria. Hodie illata in rusticum prædium, & animalia ibi pascentia tacite obligantur; sed præclusione opus est; & tunc locatori etiam privilegium prælationis competit. Quid juris si clam transferantur, postquam præclusa fuerant?*
4. *Qualia bona debeant illata esse, ut pignori sint? an pecunia numerata, gemmæ, bona minorum, studiosorum?*
5. *An res aliena per conductorem illata? An res antequam re ipsa per conductorem illatæ fuerint? Et quid juris, si post contractum locationis ante illationem alteri obligentur? An illata ea mente ne perpetuo ibi maneant? An deposita, commodata, lanea linea sartori commissa? An singula corpora mercium in taberna?*
6. *An & invecta ac illata secundi conductoris teneantur primo locatori? Et an ultra id, quod conductor secundus debet?*
7. *Fundo sublocato mercede minore, an fructus fundi tacite obligati sint usque ad quantitatem mercedis primæ locationis, an tantum usque ad mercedem sublocationis?*
8. *Legalis hypotheca fisco competit in bonis administratorum, & eorum quibuscum contraxit; & civium pro tributis; quod & civitatibus datum pro tributis, quæ exigunt Principe permittente. An & publicani pro exactione tributorum & vectigalium hypothecam habeant? Et quamdiu secundum Hollandiæ mores?*
9. *An fisco pro mulctis ac pœnis in bonis delinquentium hypotheca aut personale inter chirographarios privilegium competat, an vero fiscus omnibus chirographariis postponendus sit?*
10. *An, & quo usque fiscus hypothecam legalem habeat, cum in jus privati succedit? remissive.*
11. *Pupillis hypotheca ex lege competit in bonis tutorum, curatorum, vitrici quem mater superinduxit non redditis rationibus &c. An & moribus in bonis mulieris, quam tutor post susceptum tutelæ officium uxorem duxit?*
12. *An in bonis protutorum, actorum tutori adjunctorum, procuratorum, et eorum qui pupillorum negotia ex amicitia gesserunt?*
13. *An hoc jus competat furiosis, prodigis, mentecaptis, debilibus, mutis, surdis?*
14. *An pupilli & similes hoc jus habeant in bonis magistratuum, si subsidiaria agant actione? An si bonis executoris testamenti pro legatis & similibus? An in bonis curatoris dati, si creditores sint? An in bonis eorum, quibuscum pupilli contraxerunt? Quid si eorum nomine contractum sit* op Weeskamers Recht, *quamdiu tum jus illud duret? An in bonis heredum tutoris?*

15. *An pupilli in rem sua pecunia emtam habeant legalis hypothecæ jus, pro pecunia debita restitutione?*
16. *An & in bonis tutoris pro iis, quæ tutor ante delatam tutelam pupillis, aut illis, quibus hi heredes extiterunt, vel etiam durante administratione non ex ipsa administratione, sed alia ex causa, cœpit debere? An & pro usuris talis debitis ac impensis litis, si in eas tutor ad rationes reddendas conventus condemnatus sit? Et quid, si tutor debitor cum reliqui pupilli tutoribus debitum novaverit?*
17. *Ex quo tempore pupillis incipiat competere jus hypothecæ in bonis tutorum protutorum, & similium? Et quid juris, si unus plures tutelas diversi temporis delatas gesserit?*
18. *An jus hypothecæ legalis pereat pupillis per rationum redditionem, si reliqua nec dum restituta sint, sed usuræ reliquorum perceptæ? Docetur, pupillos hoc jus hypothecæ legalis ad heredes transmittere; ut mulier transmittit hypothecam legalem pro dote datam.*
19. *Tollitur objectio petita ex eo, quod etiam tempore Pandectarum hypotheca legalis pupillis competit, ac monstratur, id erroneum esse, ac satisfit objectionibus.*
20. *Mulieri, etiam sponsæ & uxori putativæ, competit hypotheca legalis pro dote, & paraphernis; ac marito pro obtinenda dote promissa, & recuperanda donatione propter nuptias. Quid moribus obtineat?*
21. *Legatarii habent legalem hypothecam in bonis defuncti, non heredis, & quæ istius hypothecæ vis sit? Notatur, hujus pignoris causam jure singulari dividuam esse.*
22. *Si testator diversis temporibus alia atque alia legata reliquerit, vel alia pure, alia sub conditione, alter alteri in hypotheca legali non præfertur. Ubi plura tractentur a me de hac specie hypothecæ legalis & actione hypothecaria legatariis competente?*
23. *Competit hypotheca legalis in bonis vidui vel viduæ pro restitutione relictorum sub conditione viduitatis. Liberis prioris thori pro restitutione rerum, quæ in pœnam secundarum nuptiarum ad liberos primi thori redire debent. Item pro bonis parentis defuncti aut a linea parentis defuncti profectis & per parentem superstitem administratis, in bona ejus; imo & ex moribus aliquando in bona vitrici vel novercæ. Non pro cæteris adventitiis: cujus tamen contrarium moribus verius.*
24. *An liberis pereat jus hypothecæ pro bonis parentis defuncti in bona superstitis, si mediante transactione* (by Uytkoop) *certa pecuniæ quantitas promissa sit? Et quid juris, si, cum superstes parens omne æris alieni onus in se recepisset, liberi partem oneris solvere per creditores compulsi sint?*
25. *An & hypotheca competat civitati, ecclesiis, piis locis in bonis administratorum? An societati Indiæ Orientalis & Occidentalis? An pagis & vicis in bonis eorum, quibus commiserunt exactionem onerum, quæ dicuntur* Morgen-Gelden en Mole Gelden?
26. *An & bonis eorum, quibuscum civitas aut Ecclesia contraxit? & quale jus civitati hac in parte datum sit?*
27. *Dominus directus, & dominus antiquus pro canone, solario, censu habet hypothecam legalem in fundum emphyteuticum, superficiarium, censualem. Argentarii in militiam suis nummis creditis emtam.*
28. *Qui crediderunt in refectionem ædium, hypothecam ex lege habent in ipsas ædes refectas. An & Fabri pro mercede operarum? Quid si creditum, sed in refectionem non impensum? Quid si impensa non ea necessitate, sed utilitatis aut voluptatis causa facta sit? Quid si quis crediderit in domus emtionem aut ædium novarum exstructionem? Quid si in aliarum rerum meliorationem, reparationem aut emtionem? An non his retentio rerum competat, si adhuc possideant?*
29. *Moribus hypotheca legalis ei competit, qui credidit in navis refectionem, cujus contrarium jure Romano obtinuit.*
30. *Etiam illis, quorum merces urgente necessitate per magistratum navis distractæ sunt, in ipsa navi: sociis nauticis in navi & mercibus vectis pro mercede debita.*
31. *Universitati agrorum aggere munitorum in prædia istius universitatis pro impensis in refectionem aggerum, molendinorum &c. Redemtori in bonis ejus, quem a Turcis aut Barbaris aliis redemit. Illis, qui suam partem societatis Indicæ vendiderunt ac transcripserunt, in ipsam illam partem, pro pretio necdum soluto. Insolatoribus* (Bleekers) *pro mercede procurati candoris in lineis a se adhuc detentis &c.*
32. *An jus pignoris nascatur ex arresto rei aut personæ, vel recognitione chirographi in judicio? An ex sententia? Et quid juris, si pignora judicati capta sint?*
33. *An domino rei furto oblatæ in rebus furis pro æstimatione, vel in rebus ex pecunia furtiva emtis? An sociis in bonis socii pro eo, quod reliquit sociis jure societatis debitum? An ei, cui annuus reditus ex certo fundo præstandus venditur, si fundus specialiter obligatus non sit?*
34. *Cujus leges spectandæ sint in quæstione, an legalis hypotheca competat in rebus mobilibus & immobilibus?*

1. PRæter primam hypothecæ divisionem in generalem & specialem, alia hoc titulo supponitur, quod nempe expressa sit, vel tacita. De expressa jam actum *tit.* 1. Tacita vel conventionalis vel legalis est. Conventionalis tacitæ exempla plura sunt: veluti, si quis fidejubeat pro eo, qui rem fidejubentis jam ante pignori obligaverat; cum intelligatur hoc ipso, quod fidejubeat, quodammodo mandare, res suas obligatas esse. Sane si post fidejussorem demum res ejus per debitorem pignori datæ essent, non censerentur obligatæ, *l. Pomponius* 5. *§. ult. ff. h. t.* Sed & si is, cujus res est, instrumentum scripserit, in quo res illa creditori obligatur, vel etiam instrumento tali subscripserit, non ignarus eorum, quæ instrumento cauta sunt, tacite rem suam obligasse creditur, *l. fidejussor impetravit* 26. *§. pater* 1. *ff. de pignor. & hypoth.* ibique Groenewegen; secus, si id ignoraverit, arg. *l. Gajus Sejus* 39. *ff. de pignorat.*

art. Præterea hoc ipso, quo id agitur, ut debito intra certum tempus non soluto, creditori liceat rem certam vendere, res illa existimatur tacite pignoris nexu devincta, *l. creditor* 3. §. *ult. ff. qui potior in pign.*

2. Præcipua vero pignoris taciti non ex lege, sed potius ex conventione seu pactione tacita descendentis, species est in invectis & illatis in prædium urbanum, quippe quæ domino prædii pro pensione ac deterioratione jure pignoris obligata sunt, *l. Pomponius* 2. *l. eo jure* 4. *ff. h. t. l. item, quia* 4. *ff. de pactis*, quod pignoris genus a suis principiis & quasi incunabulis repetit Balduinus *de pignor. cap.* 6. Quemadmodum & fructus prædiorum rusticorum pro mercede, *l. in prædiis* 7. *ff. h. t. l. quamvis fructus ff. h. t.* junct. *l. si servus communis* 61. §. *locavi* 8. *C. de furtis*, sive adhuc pendeant, sive jam a solo separati in messe jaceant, in quantum auctoritate publica interdici potest, ne fructus ex agro in horreum devehantur, nisi soluta prius pensione; sive denique jam in horrea coloni convecti fuerint, uti judicatum refert auctor appendicis decisionum *post consil. Holl. part.* 5. *vol.* 1. *p.* 20. *in fine*, & *pag.* 21. Atque hinc etiam est, quod divenditis per creditores aut curatorem bonis datum fructibus pendentibus, pecoribusve in prædio conducto pascentibus, in pretio inde redacto potior esse debeat pro pensione debita dominus agri, in quo fructus pendebant aut pecora pascebantur: in quam sententiam extat res judicata in *d. appen. decisionum pag.* 20. *fere in pr.* Plane si fructus ab ipso colono distracti jam sint, pretium eorum tacite obligatum non est, multoque minus fundi, si qui ex fructuum pretio coemti sint, *d. l.* 3. *C. h. t.* Negusantius *de pign. & hypoth.* 4. *membr.* 2. *par. princip. n.* 143. 149. Ipsa quod spectat illata invecta in prædium rusticum, tacite pro pensionibus fundi domino obligata non sunt, sed expressam conventionem desiderant, *d. l. eo jure* 4. *ff. h. t. l. si non inducta* 5. *C. h. t.* Nec contrarium est in *l. certi juris* 5. *C. de locato*, cum illis verbis satis apertis Imp. Alexander diversitatem juris proponat inter invecta in prædium rusticum, & ea, quæ in urbanum illata sunt, eodem fere modo, quo id ante factum fuerat a Neratio in *d. l.* 4. *ff. h. t.* ac proinde, quando rescribit, ea quæ *voluntatem dominorum* coloni in fundum conductum induxerint, pignoris jure dominis prædiorum teneri; ubi autem domus locatur, non esse necessariam in rebus inductis *scientiam domini*; per istam *voluntatem dominorum atque scientiam* nihil aliud quam pactio atque conventio denotatur. Quo modo etiam in *l. Pomponius* 5. §. *item illud* 1. *ff. h. t.* per *voluntatem* conventio intelligitur. Etenim, dum ibi Marcianus ait, voluntate domini induci pignus ita posse, ut in partem debiti sit obligatum, non aliud vult, quam id pacto agi posse, ut non in totam pensionem, sed tantum in partem ejus inducta illata obligata sint. Eodemque sensu *voluntatem* pro expressa novandi conventione Justinianus posuit in *l. ult. C. de novation.* Nec jure novo mutata censeri debent, quæ de illatis in prædium rusticum tacite non obligatis dicta sunt: cum in *l. ult. C. h. t.* nihil aliud a Justiniano constitutum sit, quam, jus taciti pignoris in illatis in prædium urbanum non tantum in utraque Roma, sed & in omnibus provinciis probandum esse. Ipsas meliorationes a colono factas quod attinet, an pignoris jure pro pensionibus teneantur, minus recte disputatur: cum omnes jure soli, adeoque pleno dominio ad locatorem prædii dominum pertineant, sive æstimatio earum colono migranti refundenda sit, sive non; & in casu, quo restitutio facienda est, jure compensationis locator æstimationem a se debitam pro debitis per colonum pensionibus retinere possit; secundum propriam naturam compensationis.

3. Quia tamen prædia quædam rustica sunt, fructum naturaliter haud ferentia, sic ut nec domino securitas pro pensione in fructibus esse possit, ideo placuit, hæc quantum ad ius taciti pignoris in invectis & illatis attinet, non multum a prædiis urbanis separanda esse; qualia sunt stabula, quæ non sunt in continentibus ædificiis, *d. l. eo jure* 4. §. 1. *ff. h. t.* areæ triturariæ, & horrea, *l. si horreum* 3. *ff. h. t. l. cum domini* 56. *ff. locati.* Licet enim verum sit, per *horreum* subinde designari locum, in quo homines pretiosissimam partem fortunarum suarum reponunt, *l. nam salutem* 3. §. *effractura* 2. *ff. de officio præfecti vigilum*, non tamen ideo necesse est, ut ad hujus generis horrea restringantur verba *d. l.* 3. *ff. h. t.* cum utique horreum eadem, quæ stabulorum ratio sit; pignoris autem jure teneantur quæ in stabulum invecta sunt, *d. l.* 4. §. 1. *ff. h. t.* Quin imo, si mores nostros spectemus, invecta quoque in prædium rusticum, nec non animalia pascendi causa in pratum conductum immissa taciti pignoris jure affecta sunt. Hugo Grotius *manud: ad jurisprud. Holl. libr.* 2. *cap.* 48. *n.* 19. & *seqq.* Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 19. *n.* 53. Groenewegen *ad l.* 5. *C. locati.* Dummodo meminerimus, nullam nunc apud nos aliosque multos hujus taciti pignoris vim esse in invectis & illatis in prædium sive rusticum sive urbanum, nisi illa præcludantur auctoritate publica dum sunt in prædio, aut, dum conductor ea transfert, a vigilante creditore in ipso quasi translationis actu arresto, detineantur; quo casu rursus in prædium reducenda, quæ cœperant transferri, sed necdum fuerant ad locum occultationi destinatum delata: eo modo, quo id Romanis singulari jure placuerat in servis in prædium urbanum inductis, quos a dominis manumitti potuisse, quamdiu pensionis nomine præclusi non essent, apertum est ex *l. pen. ff. h. t.* Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. d. lib.* 2. *cap.* 48. *n.* 21. Groenewegen *ad l.* 9. *ff. h. t.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 41. & *in parœm. Belgar. Juriscons.* 7. *num.* 13. Parens p. m. Paulus Voet *ad* §. 7. *Instit. de action. n. ult.* & *tract. de mobil. & immobil. cap.* 19. *n.* 8. Qualis præclusio nostris moribus non modo jus hypothecæ locatori firmat, sed & prælationem ei tribuit, licet jure Romano simplex tantum hypotheca videatur competiisse. Ant. Matthæus *d. cap.* 19. *n.* 41. & 74. & jure Amstelodamensi tantum anni unius & præterea anni labentis pensio prælationem habeat. *Keuren van Amsterdam, derde Deel* 1. *boek pag.* 257. *col.* 2. *art.* 21. Eoque fundamento a Curia Ultrajectina judicatum fuit, dominum ædium in rebus præclusis potiorem esse pupillis, quibus idem ille ædium conductor ex administratione tutelæ jam ante cœperat obligatus esse, 14. *Decembr.* 1675. *in de sake Pieter de Graaf, Herr. van Zuyd-Polsbroek & c. en de Mombers over de Onmondige Kinderen*

van Cornelis Melissen. Licet jure novissimo tantum sit prælatio pro triennii pensionibus. *Ordonn. op de vestenissen en hypoth.* 18. *Januarii* 1700. *art.* 18. Sane peracta translatione ante præclusionem, nullum ulterius domino urbani rusticive prædii in translatis superest pignoris aut prælationis jus. Sed &, si post præclusionem rite factam invecta ac præclusa clam alio translata fuerint, cogi quidem conductor potest auctoritate judiciali, ut ablata transportata reducat in prædium, in quo præclusa, quod & legibus Mechliniensibus disertim cautum, *tit.* 8. *art.* 14. *in fine*. Adde Rebuffum *ad constit. reg. tom.* 1. *de liter. oblig. art.* 4. *glos.* 2. *n.* 29. verum quamdiu id re ipsa præstitum non est, vix est, ut prædii domino renatum prælationis jus in præjudicium creditorum aliorum sola personali actione, non privilegio, munitorum, longeque minus in præjudicium illorum, in quos in bona fide positos conductor fraudulenter subductorum dominium oneroso titulo translatum voluit, cum mobilia nullam moribus sequelam habeant; utcumque aliter hic visum fuerit Christinæo, dum *ad Leg. Mechlin. tit.* 8. *art.* 14. *n.* 9. *& seqq.* scripsit, mobilia quidem non manere obligata, si bona fide alienata sint; at omnino, quoties dolose in detrimentum locatoris exportantur, transferuntur, aut alienantur: cujus tamen sententia ex illa lege municipali, quam illic interpretatur, firmari non potuit; cum non aliud illic caveatur, quam id, quod eductum est, ad locatoris desiderium oportere reduci; ut inde mercedes conductionis persequatur, atque adeo personalis tantum obligatio imponatur conductori ad factum reductionis, quo per & post reductionem pignoris jus redintegretur. Nam si & post exportationem dolosam duraret ipso jure pignoris vinculum, nulla fuisset conductori imponenda reductionis necessitas, sed locatori simpliciter rerum elatarum, velut adhuc pignoris nexu devinctarum, persecutio danda foret.

4. Nihil autem interest, qualia bona invecta illata sint: neque enim supellex sola, proprie sic dicta, aurum, & argentum, & ornamenta, & vestes, & arma, & gemmæ, & mercium venalium universitas, & numerata pecunia, & jumenta, et servi, et quicquid a conductore inductum fuit, pro pensionibus obligata teneri possunt, arg. *l. pen. ff. h. t.* Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 8. *art.* 14. *in notis ad num.* 13. Neque hic inter bona minorum ac majorennium conductorum distinguendum puto; tum quia generaliter obtinuit, æque res minorennium, ac eorum, qui jam legitimam impleverunt ætatem, hypothecæ legalis vinculo obstringi, ne alioquin minorem legi vim tribuamus quam magistratuum a lege potestatem habentium decreto, quo interposito vel ipsa immobilia minorum bona pignori obligati, et judicati causa pignori capi, & jure prætorii pignoris per missionem in possessionem affici, expeditum est, *l.* 2. *l.* 3. *§. pignori* 1. *ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt, sine decret. non alienand. l. Fulcinius* 7. *§. plane* 10. *ff. quib. ex causis in possess. eatur*. Tum quia tutores & curatores utiliter res mobiles minorum, inter quas & illata ac invecta, pignori obligant pro credito, quod in utilitates pupilli versum esse, *l. tutor., lege* 16. *pr. ff. de pignorat. act. l. curator* 3. *C. si res aliena pign. data sit*, arg. *l. si pupillorum* 7. *§. si obligavit* 5. *ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt etc.* at nihil magis videri potest versum in rem minoris, quam quod ad eum alendum erogatum est; erogatum autem in alimenta, dum in usum minoris habitatio conducitur, quam una cum cibariis atque vestitu sub alimentis comprehendi, constat ex *l. legatis alimentis* 6. *ff. de alimentis vel cibar. legatis*. Tuldenus *ad tit. Cod. quæ res pignori dari n.* 6. Montanus *de tutelis cap.* 33. *n.* 433. Negusantius *de pignor. et hypoth.* 4. *membr. secund. partis, num.* 73. 74. Sande *de probib. alien. par.* 1. *cap.* 1. *§.* 3. *num.* 51. Andr. Gayl *lib.* 2. *observ.* 83. *num.* 9. *et seqq.* Christinæus *ad Leg. Mechlin. d. tit.* 8. *art.* 14. *n.* 6. 7. Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 3. *num.* 11. *pag.* 226. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 48 49. Parens p. mem. Paulus Voet *de mobil. et immobil. cap.* 13. *n.* 2. Similiter nec tacitæ huic hypothecæ exemta censeri debent invecta studiosorum, sive supellex alia sive libri sint; cum nuspiam tale privilegium huic hominum ordini indultum inveniatur, neque ulla alia sæpe domino locatori musæi securitas sit, ac facile insalutato hospite migraturus esset peregrinis in locis hærens studiorum gratia, si supellex libraria, ultra quam plerumque nihil eo in loco possidet, pro musæi pensione non esset devecta. Berlichius *par.* 1. *conclus. pract.* 67. *n.* 65. 66. Vinnius *tract. de pactis cap.* 12. *n.* 9.

5. Non aliter tamen invecta & illata pignoris taciti jure tenentur, quam si conductoris propria sint, aut aliena quidem, sed domini consensu in prædium conductum ita inducta, ut perpetuo ibi sint, seu in usum conductoris habeantur, veluti lecti, sedilia, instrumenta artis quam conductor in domo exercet, quasi hoc ipso dominus tacite consenserit in hanc tacitam rerum suarum obligationem, saltem in subsidium deficientibus proprii conductoris illatis; nec possit videri extra fraudem esse, dum sciens hoc agi per conductorem, dissimulavit, nec admonuit locatorem, arg. *l. si probaveris* 2. *C. si aliena res pign. data sit, l. si sine voluntate* 5. *C. ad Senatusc. Vellejanum*. Menochius *de arbitrar. judicum lib.* 2 *casu* 441. *n.* 5. Matt. de Afflictis *decis.* 184. Christinæus *ad Leg. Mechl. d. tit.* 8. *art.* 14. *n.* 8. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 5. *consil.* 52. *et* 53. Qua occasione animadvertendum ulterius, non alia domino prædii sive rustici sive urbani teneri jure pignoris, quam quæ illata ac invecta fuerint, adeoque non ex sola conventione, sed ex ipsa demum illatione nasci pignoris jus; adeo ut, si colonus convenerit, ut inducta, illata, pignori sint, & antequam inducat, alii rem hypothecæ nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior sit futurus qui specialiter pure accepit: quia in potestate debitoris erat, an & quæ bona inferre velit, & illatione obligata efficere, adeoque adhuc verum erat, sine voluntate ejus nasci non potuisse pignoris jus, *l. potior est* 11. *§. si colonus* 2. *ff. qui pot. in pign.* Donellus *de pignoribus cap.* 12. *vers. unde num. idem.* Sed & secundo sciendum, ne omnia quidem illata teneri, sed ea sola, quæ ea mente per conductorem invehuntur in prædium, ut illic sint, id est, permaneant durante tempore conductionis, sive in prædiis urbanis de jure tacitæ, sive in rusticis de jure expressæ in illatis invectisque hypothecæ, secundum jus Romanum quæstio sit, cum id generaliter de invectis & illatis definiat Pomponius in *l. in prædiis* 7. *§.* 1. *ff. h. t.* Scævola in *l. debitor* 32. *ff. de pignorib. et hypoth.* Menochius *de arbitrar.*

jud. lib. 2. *casu* 441. *n.* 3. *et* 4. Mantica *de tacitis et ambig. convent. lib.* 11. *tit.* 15. *n.* 38. Cui consequens est, ut neque commodatæ conductori res ad modicum tantum tempus, neque depositæ apud eum, aut pignori ei datæ, pignori esse intelligantur, longeque minus, si quæ conductori tanquam artifici commissa fuerint, veluti lanea linea apud textorem, pannus apud sartorem fullonemve repertus, & quæ hujus sunt generis alia plura, nisi jus aliud statutis nominatim inductum appareat. *Responsa* Jurisc. Holl. *par.* 5. *consil.* 52. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 55. 56. Et quia merces singulæ in tabernam eo inferuntur animo, ut quantocius distractæ rursus afferantur; hinc nec singula corpora, sed sola mercium universitas, pro pensionibus tabernæ obstricta censeri debuit arg. *l. pen. ff. de pignor. et hypoth.* etsi nostris moribus, quibus præclusio illatorum requiritur, parum refert, utrum universitatem mercium an singula corpora devincta dicamus, cum utique illa, quæ præclusionis tempore in taberna reperta sunt, tacite obligata intelligantur, arg. *l. grege* 13. *pr.* & *d. l. pen. ff. de pignor. et hypothecis.* Confer Menochium *de adipiscenda possess. remedio* 3. *n.* 125. *et seqq.* Zoesium *ad Pand. h. t. num.* 4.

6. Usque adeo autem invecta in prædium urbanum tacite obligantur, ut etiam secundi conductoris bona non primo tantum conductori teneantur, sed & primo locatori, atque adeo locator primus ea quoque possit præcludere. Quod aperte satis innuit Ulpianus in *l. solutam* 11. §. *solutam* 5. *ff. de pignorat. act.* dum de eo disputans, an bona secundi conductoris in universam teneantur pensionem a primo promissam, ait credibile non esse, quod convenerit, ut ad universam insulæ conductæ pensionem frivola secundi conductoris tenerentur, ideoque in eam duntaxat summam invecta secundi ac illata obligari, in quam ille rursus conduxit. Quæ hæsitatio inepta prorsus esset, si non primo locatori res secundi conductoris devinctæ forent; cum non secundo sed soli primo locatori illa locationis primæ merces major debita sit, & in definienda quæstione, an secundi conductoris illata primo tenerentur conductori ultra pensionem sibi a conductore secundo constitutam, non præsumtio quædam probabilis, aut credibilitas, sed certa juris principia, in decisionem advocanda fuerint, scilicet ea non ultra teneri posse primo conductori, quam quatenus ipse mercedis promissæ creditor est, ne accessoria pignoris obligatio sine principali sit. Nec hisce contradicit Paulus in *l. si in lege* 24. §. *si colonus* 1. *ff. locati*, eo quod illic de invectis illatis in prædium rusticum sermonem esse, tum *fundi* tum *coloni* tum denique *fructuum* tacite obligatorum mentio evincit abunde. Quemadmodum ergo primi coloni bona tacite obligata non erant, sed expressa indigebant conventione, ita & coloni secundi illata non esse in causa pignoris, ratio dictat. Minus obstat *l. Pomponius* 5. *ff. h. t.* quippe in qua non de secundo conductore, sed gratuitam habitationem habente, & ad pensionem haud obligato tractatur. Bronchorst *miscellan. cent.* 1. *assert.* 80. Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 8. *art.* 7. *n.* 2. 3. 4. 5. Cumque nostris moribus receptum sit secundum ante dicta, etiam in rusticum illata prædium taciti pignoris jure teneri, non dubium, quin & coloni secundi invecta illata nunc primo quoque locatori teneantur, sed in eam duntaxat quantitatem, in quam conductor secundus se primo prædii colono devinxit, arg. *d. l.* 11. §. 5. *ff. de pignorat. act.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 54.

7. Ceterum etsi inter Romani juris auctores æque ac inter hodierni juris interpretes constet, fundo per primum colonum rursus elocato, fructus ex causa taciti pignoris primo locatori devinctos permanere, utcunque secundus conductor eos percipiat, *d. l. si in lege* 24. §. *si colonus* 1. *ff. locati*, non tamen illud æque expeditum est, an in integram primo locatori debitam, an duntaxat in minorem a conductore secundo promissam teneantur pensionem; dum forte prædium conductor locavit aureis octoginta, quod ipse centum aureis habebat conductum. Et quamvis nonnulli hic idem probent, quod in illatis invectisque secundi conductoris superius est traditum, ut plenius prosequitur Ant. Matthæus *d. cap.* 19. *n.* 54. magis tamen & rationi & juri & æquitati consentaneum videtur, sublocato prædio, fructus in integram pensionem obstrictos fore, quam sibi primus locator pactus fuit, ut ut vilioris prædium sublocatum sit. Suadent id ipsa Pauli verba in *d. l.* 24. §. 1. *ff. locati*, quando ait, *fructus in causa pignoris manere, quemadmodum esset, si primus colonus eos percepisset*; quod falsum esset, si non in eandem quantitatem manerent obligati. Suadet insuper argumentum ab emtione petitum: etenim, quemadmodum venditori liberum est rem venditam retinere donec pretium integrum exsolutum sit, etsi forte primus emtor secundo rem eandem vilioris vendidisset, emtorque secundus suum, quod promiserat, pretium offerret venditori, vel etiam unus ex pluribus unius emtoris heredibus pro sua parte hereditaria solveret pretii partem, quo fundi emti partem pro rata consequeretur, *l. fistulas* 78. §. *quid fundum* 2. *ff. de contrah. emt. l. Julianus* 13. §. *offerri* 8. *de act. emti*, quemadmodum insuper venditori licet rem ipsam jam traditam, a quovis persequi possessore, quoties neque pretium solutum, neque fides de eo habita est, *l. procuratoris* 5. §. *sed si dedi* 18. *ff. de tributor. act.* §. *vendita vero* 41. *Instit. de rerum divis.* idque, quia post venditionem usque ad traditionem adhuc dominus permanet, *d. ll.* & §. *quum autem* 3. *in fine Inst. de emt. vendit.* ita quoque justum censeri debet, fundi dominum fructibus inde natis incumbere posse, donec integra pensio soluta sit, utcunque vel plures ejusdem coloni heredes extiterint, vel sublocatio alteri mercede minore facta sit, ne alioquin locatori per conductoris primi sublocationem pereat retentio fructuum, velut taciti pignoris jure quæsita. Præsertim si consideres, ipsum quoque prædii locati dominum post locationis contractum interpositum manere dominum fructuum pendentium, quippe qui partes fundi esse intelliguntur, neque aliter, nec ante, jure dominii acquiruntur colono, quando & quia per eum ex voluntate domini vel expressa vel saltem tacita separantur a solo, ac percipiuntur, *l. si servus communis* 61. §. *locavi* 8. *ff. de furtis*, junct. *l. si apes* 26. §. 1. *ff. eod. tit. l. fructus pendentes* 44. *ff. de rei vindic.* qualis consensus tacitus cum non nisi salvo pignoris jure in fructibus percipiendis intelligatur intervenisse, si primus colonus eosdem separasset, etiam durare debuit idem jus pignoris in fructibus pro solida pensione domino debita, licet alius a primo colono causam habens eos-

dem percepisset. Atque ex hoc etiam fundamento ab Hugone Grotio scriptum arbitror, fructus, qui a colono percipiuntur ex fundo, eidem traditos fingi a locatore, *Manuduct. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 5. n.* 16. quibus similia tradit Ant. Faber *Cod. lib. 4. tit.* 42. *defin.* 21. *in pr.* Venditur scilicet ipse fundus, sed & separatim venduntur fructus fundi pendentes *l. si debitor* 39. §. 1. *ff. de contrab. emt.* qualis inde iniquum non fuerit, parem locatori pro integra mercede debita asseri fructuum retentionem, qualis venditori rerum venditarum retentio velut jure pignoris pro pretii integri solutione obtinenda per leges data est.

8. Legalis hypothecæ plures in jure nostro species occurrunt. Primo namque fisco (& ad ejus exemplum Principi, arg. *l. fiscus, cum* 6. §. 1. *ff. de jure fisci*) data est in bonis administratorum *l.* 1. *C. de jure fisci*, ut & eorum, quibuscum contraxit, *l. certum est* 2. *C. h. t.* arg. *si pignus* 8. *ff. qui pot. in pignore*, nec non in bonis civium pro tributis ac censu, *l.* 1. *C. h. t. l.* 1. *S. si propter publ. pensitat. venditio celebr. l. Imperatores* 7. *ff. de publicanis, tot. tit. C. sine censu & reliquis fundum compar. non posse*, sive tributa illa ac onera ordinaria fuerint, sive extra ordinem, urgente necessitate publica, indicta; sive ipsi debeantur fisco, sive civitati, cui a Principe ad sublevandas civitatis angustias tributa quædam aut vectigalia exigendi facultas concessa est, convenienter *l. vectigalia* 10. *C. de vectigal. & commiss.* Carpzovius *defin. for. parte* 1. *cons. tit.* 28. *defin.* 47. & 49. Qua ratione etiam cautum in Hollandia, civitates pro tributis sibi debitis, exemplo reipublicæ habituras hypothecam legalem in bonis eorum, qui talia tributa aut vectigalia conduxerunt, aut conductorum socii sunt, aut fidejussores. *Placit. Ordin. Holl.* 9. *Augusti* 1658. *vol.* 2. *placit. pag.* 1129. & *placito* 24. *Febr.* 1659. *vol.* 3. *pag.* 592. Quin &, si tributa, vectigalia, census, publicanis elocata fuerint, hi quoque, tanquam fiscum vi conductionis repræsentantes, pro horum omnium exactione hypothecam habent in bonis illorum, qui ista debent; cum a fisco jus omne redemerint, quod fisco competebat; quod in Hollandia judicatum memorat auctor appendicis decisionum *post Resp. Jurisc. Holl. par.* 3. *vol.* 1. *pag.* 22. *fere in pr.* Sed quo magis ad vigilandum instigentur publicani, & ne mole nimia onerum, a multis retro annis debitorum, simul & semel cives obruantur, in Hollandia constitutum, publicanos legalis hypothecæ jus exercere non posse, nisi intra sex menses, computandos a tempore finitæ conductionis illius, cujus vi ipsis jus exigendi tributa & onera publica addictum fuit, exactionem inchoaverint, ac sine interruptione prosecuti sint. *Generale Ordonnatien op de verpachtingen der gemene landsmiddelen van Holland. an.* 1654. *art.* 29. *vol.* 1. *placit. pag.* 1653. 1654. quæ & repetita postmodum, *vol.* 3. *placit. pag.* 816. *art.* 44. ubi & jus paratæ executionis restrictum ad quatuor menses post finem istius conductionis *art.* 43. Sed &, cum exactoribus tributorum, quæ dicuntur *convoy en licet gelden*, injunctum esset, ut præsentem exigant solutionem, nec ulli fidem habeant nisi suo periculo, definitum insuper, eo casu, quo fidem habuerint mercium dominis, jus hypothecæ ipsis non ultra quatuordecim dies a tempore faciendæ solutionis paratæ durare. *Instructie voor de Collecteurs en Pachters van convoyen en licenten* 11. *Julii* 1597. *art.* 15. *vol.* 1. *placiter Holl. pag.* 2323. Plane jus hypothecæ legatis pro tributis immobilium, quæ appellantur *verpondingen*, quorumque exactio in urbibus Hollandiæ magistratui urbano velut jure quodam redemtionis nunc competit, nullo temporis brevioris lapsu perire, judicatum fuit. Jacobus Coren *observat.* 17. in prædiorum rusticorum tributis quid juris sit, definit placit. Ordin. Holl. 1. *Augusti* 1653. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1127.

9. Non tamen fisco competit hypotheca legalis pro multis ac pœnis in bonis delinquentium. Quod ut manifestius evadat, distinguendum, utrum ob crimen bona omnia delinquentis aut pars eorum, veluti, dimidia, tertia, publicari debeat; an vero certa tantum pœna pecuniaria, velut centum aureorum aut alterius quantitatis, imponenda sit. Si enim bonorum publicatio in totum aut ex parte delicto proposita sit, creditores reliqui, utcunque simplices chirographarii, fisco potiores sunt, in quantum tunc fiscus bona delinquentium non percipit nisi cum oneribus, nec intelliguntur bona esse, nisi quæ deducto ære alieno supersunt, ut jure publicationis fisco cedant, *l. non possunt* 11. *l. Statius* 48. §. *Cornelio Felici* 1. *ff. de jure fisci, l. si quis dolo* 2. §. *ult. ff. si quis aliquem testari probib. vel coeg.* junct. *l. subsignatum* 39. §. 1. *ff. de verbor. signif.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 179. & *parte* 3. *vol.* 2. *consil.* 166. Si vero certa tantum pœna fisco pendenda sit, salvis bonis, veluti ex lege Julia repetundarum, residui annonæ, &c. nullam quidem ante alios creditores chirographarios prælationem fiscus habet, sed nec iisdem postponendus est, adeoque magis cum iis concursurus pro rata, exemplo privatorum, quibus pœnarum persecutio competebat ex furto, rapina, aut alio simili delicto privato. Quod enim a Modestino pro regula traditum est, *omnium fiscalium pœnarum petitionem creditoribus postponi, l. in summa* 17. *ff. de jure fisci*, uti etiam ab Alexandro rescriptum fuerat, *rem suam persequentibus pœnæ exactionem postponi, l. unic. C. pœnis fiscalibus creditores præferri*; id jam ante a Papiniano eam receperat interpretationem, ut nempe solum prælationis privilegium pro pœnis fisco denegaretur, non vero jus commune concursus, quod & privatis competebat, dum in *l.* 37. *ff. de jure fisci* ait: *quod placuit, fisco non esse pœnam petendam, nisi creditores suum recuperaverint, eo pertinet, ut privilegium in pœna contra creditores non exerceatur, non ut jus commune privatorum fiscus amittat*; adeoque pro qua parte creditores reliqui simplices suum possunt creditum consequi, pro ea etiam fiscus pœnam consequatur, nec aliter solidæ pœnæ exactionem habeat, quam si & creditores ex patrimonio delinquentis solidum possint salvum habere: vel secundo, *d. l.* 17. *ff. de jure fisci* accipi potest de casu, quo publicatio bonorum facta erat, convenienter legi *Statius Florus* 48. §. *Cornelio* 1. *ff. de jure fisci.* Non desunt interim, qui fisco pro pœnis hypothecam aut saltem prælationem tribuunt ex die condemnationis, quia judicio atque sententia quasi contrahitur, *l. licet tamen* 3. §. *idem scribit* 11. *ff. de peculio*, Peregrinus *de jure fisci lib.* 6. *tit.* 6. *n.* 12. Negusantius *de pignor.* 4. *membr.* 2. *part. n.* 115. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 28. *defin.* 104. Sed vix est, ut hoc probetur; cum privilegia strictam recipiant interpretationem, maxime ubi de

pœnarum persecutione quæstio est; adeo ut nec minor, cui alias facile ex ætatis beneficio restitui solet, adversus omissam pœnæ persecutionem restituendus sit, *l. auxilium* 37. *ff. de minor.* 25. *annis.* Ac proinde, licet in bonis eorum, quibuscum fiscus contraxit, hypothecam habeat, non tamen ideo in bonis eorum, qui principaliter ex delicto obligati sunt, licet postea aliquo respectu & ad quosdam effectus judicio atque sententia contrahi videatur. Statque pro hac sententia post Hug. Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 2. *cap.* 48. *n.* 17. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 43. Jure tamen singulari id apud nos datum societati Indiæ Occidentalis, ut, quoties in pœnam incidunt illi, quorum ministerio utitur, retentionem mercedis & salariorum quin & prædæ habeat, perinde ac si nunquam mercedem hisce debuisset, *Artikel-Brief van de West-Indische Compagnie* 12. *Apr.* 1777. *art.* 15. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 1347. Sed &, licet fiscus pro pœnis ipsis prælationem non habeat, tamen si reus criminis in expensas litis damnatus sit, prætores, advocati fisci, aliique similes fisci nomine publicam peragentes accusationem, pro hisce recuperandis potiores sunt reliquis delinquentis creditoribus in bonis ejus; tum quia hæc impensa per eos ex officii necessitate facta est; tum quia reipublicæ interest peccata nocentium & innotescere & puniri, *l. si a reo* 70. §. *ult. ff. de fidejussorib. l. eum qui nocentem* 18. *ff. de injuriis*, quod rarius fieret, si ancipiti sumtuum periculo gravarentur publici tales accusatores, ob denegatam in bonis damnati pro hisce prælationem, Peregrinus de *jure fisci libr.* 5. *tit.* 1. *n.* 193. Quod & praxi in Hollandia servari, Hugo Grotius testatur in Responsis Jurisconf. Holl. *part.* 3. *volum.* 2. *consil.* 166. & Petrus Bort *Tract. van criminele saken. tit.* 12. *part.* 5. n. 19. & *seqq. pag. mihi* 227. Plane Ultrajectini & prælationem & concursum negant fisco pro pœnis multisque, *placito* 18. *Jan.* 1700. *art. ult.*

10. Non etiam hypotecham legalem fiscus habet, quoties successit in locum privati, idque temporis anterioris intuitu; nam ratione futuri temporis suum adhuc privilegium exercet, *l. fiscus, cum* 6. *ff. de jure fisci*, quod latius traditum *tit. de hered. vel act. vendita num.* 13. *in fine.*

11. Est & pupillis ac minoribus data legalis hypotheca in bonis tutorum ac curatorum ex constitutionibus Principum, cum antea solum inter chirographarios privilegium competiisset, *l. pro officio* 20. *C. de administrat. tut. l. unic.* §. 1. *Cod. de rei uxor. actione.* Sive curator generalis sit, sive ad unum actum, veluti ad litem pro pupillo vel minore exercendam datus, Mugnoz *de ratiocin. c.* 39. *n.* 3. Montanus *de tutelis c.* 31. *effectu* 2. *n.* 14. sive extraneus, sive mater aut avia tutelam gerat, *arg. l. si mater* 6. *Cod. h. t.* Ant. Faber *Cod. lib.* 2. *tit.* 8. *defin.* 4. *in med.* Etsi enim in *l.* 3. *C. quando mulier. tut. off. fung.* cautum sit, mulierem tutelam liberorum suscipientem debere *suam substantiam supponere*, non tamen inde concludendum, legali hypothecæ locum non esse: cum potius prudenter a Justiniano suppositio illa mulieri injuncta videatur, ne alias ignorantiam juris forte prætendat, quæ mulieribus sæpe impunita est, atque adeo per susceptionem tutelæ, quæ talem omnium bonorum hypothecam comitem habet, sese captam queratur. Illud expeditum est, legalis hypothecæ jus pupillis nasci in bonis vitrici, quem mater tutrix, non petito liberis tutore alio nec redditis rationibus ac reliqui, restitutis, superinducit, idque pro tutelæ totius administratione, etiam ante matrimonium secundum per matrem gesta, *l. si mater* 6. *C. h. t. Nov.* 22. *cap. si autem* 40. Sande *dec. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 2. & 4. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 90. *num.* 2. Rodenburch *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 1. *num.* 4. *pag.* 319. & 320. D. Joh. a Someren *de jure novercarum cap.* 5. *num.* 2. Quin & in bonis uxoris, cum maritus tutelam stante matrimonio suscepit, nostris moribus competere pupillo pignus legale probabiliter defendi putat Rodemburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 3. *n.* 11. etiam tunc, cum marito Ultrajectino voluntaria alienatio rei uxoriæ sine consensu uxoris, dum prole communi caret, adempta est; quod etsi admitti possit, ubi vel statutaria omnium bonorum saltem quæstuum communio inter conjuges exclusa non est, falleret tamen si uxor omnino dotem sibi salvam pacta sit, & ita reduxerit dotium privilegia jure Romano novissimo recepta.

12. Quia vero in locum veteris privilegii inter chirographarios successit jus hypothecæ legalis, hinc concludendum videtur, etiam jure novo hypothecam legalem nasci pupillis & aliis similibus, in omnibus illis casibus, quibus jure veteri privilegium inter chirographarios invenitur tributum, licet id non ita nominatim in legibus posterioribus hypothecæ mentionem habentibus expressum sit, arg. *l. & mulieri* 15. §. *de curat. furioso & aliis extra min. dandis.* Quibus consentaneum est, pupillis quoque legalem tribui hypothecam in bonis protutorum, *l. dabimusque* 19. §. 1. *ff. de rebus auctor. jud. possid. & vend. l. ult. ff. de tut. & ration. distrah.* Ant. Faber *C. lib.* 8. *tit.* 7. *defin.* 2. Carpzovius *defin. for. par.* 2. *constit.* 24. *defin.* 14. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 229. *in fine*, nec non in bonis actoris qui tutori adjungitur ad negotia pupillaria expedienda, ut & in bonis procuratoris, *l. properandum* 13. §. *ult. C. de judiciis*, eo quod pupilli intuitu parum interest, utrum actor aut procurator an tutor ea gerat, quæ pupillus per ætatem gerere nequit, sive ab ipso tutore, sive a judice actor electus sit; cum inter hos sufficiens diversitatis ratio non sit, licet nonnullis placuerit, in bonis actoris a judice dati non esse pupillo tribuendum hypothecæ jus, ut notat Montanus de *tut. cap.* 31. *effectu* 2. *num.* 16. & *seqq.* Sane, si etiam hypotheca legalis exemplo antiqui privilegii pupillis competat in bonis eorum, qui, cum neque tutores essent neque pro tutore gererent, ex solo amicitiæ officio gesserunt negotia impuberum, ut auctor est Paulus in *l. si negotium* 23. *ff. de reb. auctor. jud. possid.* quales tamen minus sunt similes tutoribus, quàm quidem actores a judice constituti: non est, cur non in actorum quoque talium bonis hypotheca legalis pupillis defendatur.

13. Ex eodem fundamento non pupillis tantum & minoribus, sed & furiosis & mente captis, & prodigis, & debilibus, & surdis, & mutis, & generaliter omnibus, quibus ob ætatem aut animi corporisve vitium ex decreto curatores dantur, jus hypothecæ legalis asserendum est; quippe quibus omnibus olim personale in bonis curatorum privilegium a Jurisconsultis assertum fuit, *l. & mulieri* 15. §. 1. *ff. de curator. furioso & aliis extra miner. dandis*, *l. dabi-*

musque 19. §. 1. *in fine*, & *ll. seqq. ff. de reb. auctor. jud. possid. & vend. l. ult. ff. de tutel. & ration. distrab.* Prodigo sane uti aperte *d. l.* 15. privilegium dedit, ita non recte quis in contrarium objecerit, beneficiis legum atque privilegiis indignos esse, qui non casu sed culpa imo dolo suo proprio in eam deducti sunt conditionem, ut opis alienæ indigeant, quales procul dubio prodigi videntur. Etenim non tam culpa, quam impetus quidam furoris in iis est, ubi primum a frugalitate vel tantillum cœperunt deflectere, unde & tales *furiosum facere exitum, quandum ad bona attinet*, a D. Pio rescriptum fuit, *l. bis, qui* 12. *in fine ff. de tut. & curat. dat. ab his, qui jus tand.* Scilicet, quod de ira Seneca *lib.* 1. *de ira cap* 7. id ad prodigalitatem merito transtuleris. *Quarundam*, inquit, *rerum initia in nostra potestate sunt, ulteriora nos sua vi rapiunt, nec regressum relinquunt. Ut in præceps datis corporibus nullum sui arbitrium est, nec resistere morarive dejecta potuerunt, sed consilium omne & pœnitentiam irrevocabilis præcipitatio abscidit, & non licet eo non pervenire, quo non ire licuisset, ita animus, si in* prodigalitatem *aliosque se projecerit affectus, non permittitur reprimere impetum. Rapiat illum oportet, & ad imum agat suum pondus & vitiorum natura proclivis.* Imo, uti ira, & prodigalitas, furor est; nec, si furiosis privilegium vindicaveris, id prodigis ex eo, quod initium prodigalitatis ab ipsis proficiscitur, jure neges: cum & multos sua culpa in furorem incidisse, ac perdurasse constet, iræ potissimum nimis indulgentes: nam ut idem Seneca *lib.* 2. *de ira cap. ult. ira celerior nulla ad insaniam via est. Multi continuarunt iræ furorem, nec, quam expulerant mentem, unquam receperunt. Ajacem in mortem egit furor, in furorem ira.*

14. Plane pupillis reliquisque jam enumeratis jus hypothecæ ex lege non recte asserueris in bonis magistratuum, qui subsidiaria pupillis actione tenentur, *l.* 1. §. *privilegium* 14. *ff. de magistrat. conveniendis*, nec in patrimonio executoris supremæ voluntatis, qua personæ tales institutæ vel legato honoratæ sunt; eo quod talis executor non propter pupillos, aut generaliter propter testamento honoratos, sed magis propter ipsum testatorem videtur constitutus, ut ejus voluntas effectum sortiatur. Nam &, si bonis debitoris obærati ac latitantis aut ab hostibus capti, aut dum deliberant scripti heredes de adeunda hereditate, curator datus sit, nec olim privilegium, nec jure novo pignus legale, tributum fuit, quin nominatim denegatum creditoribus in bonis talis curatoris, *l. idem privilegium* 22. §. 1. *ff. de reb. auctor. jud. possid.* utcunque inter creditores pupilli aliique similes numerentur; cum hic non ætatis sed tantum crediti consideratione curator constituatur, quo fit, ut pupilli jure cum majorennibus aliis communi uti debeant. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 199. *n.* 2. Sed nec in bonis eorum, quibuscum pupilli contraxerunt, legalis hypotheca jure civili pupillis data apparet; nec moribus nostris ulla ipsis ex ætate ante alios creditores prælatio competit in bonis debitoris; nisi camera pupillaris pecunias pupillares fœnori collocaverit *op Weeskamers-Recht*, quo casu prælationis jus pupillis competit, quamdiu minores sunt; nam si majores facti sortem haud repetierint, sed acceptis usuris aut aliter de novo fidem debitori habuerint, cessaret illud personale prælationis jus, aliaque similia, quæ pupillaris ætatis favore peculiariter recepta sunt. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 267. *pag.* 462. Similiter nec in bonis heredum tutoris hypotheca legalis pupillis quæritur; maxime, cum supr. *tit.* 1. jam fuerit adstructum, ne sub expressa quidem hypotheca generali bona heredum contineri, quoties id nominatim actum non est; in generali autem legali expressa conventione id actum intelligi naturali ratione non potest, arg. *l. Paulus respondet* 29. *ff. de pignor. & hypoth.* Montanus *de tutelis cap.* 31. *effectu* 2. *n.* 35. 37. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 300. *in fin.*

15. Denique nec in rebus ex pupillari pecunia comparatis singulare legalis hypothecæ jus pupillis satis ex jure adstruitur pro pecuniæ talis repetitione, quamvis plerisque contra videatur, inter quos Negusantius de *pignor.* 2. *membr.* 5. *par. princip. n.* 19. Berlichius *par.* 1. *concl. pract.* 65. *n.* 145. Bachovius *ad Treutlerum vol.* 2. *disp.* 24. *th.* 7. *lit.* D. Carpzovius *defin. for. par.* 1. *const.* 28. *defin.* 109 Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 39. Etenim, si tutor ipse emerit ex pecunia pupillari, electio quidem pupillo competit, utrum rem sua pecunia emtam utiliter sibi vindicare malit, an ejusdem quantitatis nummos repetere, *l. si tutor* 2. *ff. quando ex facto tut. min. agere, l. si pecuniam* 26. *ff. de reb. credit. is*, nec dubium, quin, si nummorum prætulerit repetitionem, legali hypotheca æque in re suis nummis emta, ac in quibusvis aliis tutoris bonis munitus dici debeat; cum ita tutor ex administratione tutelæ ad pecuniam talem reddendam devinctus sit. Sed si extraneus nummos pupillares in rerum certarum emtionem mutuos acceperit, non aliter in rebus emtis sibi pignus asserere potest, quam si id ipsi expressa conventione constitutum sit. Pignoris certe eo casu a lege dati altum in jure silentium est; neque de legali sed conventionali pignore agunt leges illæ, quæ pro contraria opinione adduci solent, puta, *l. idemque est* 7. *ff. qui pot. in pign. l. sed si pecunia* 3. *de reb. eor. qui sub. tut. vel cura sunt sine decreto non alienand.* Cohæret enim lex tertia legi secundæ, & parti posteriori legis primæ, ubi de conventionali pignore sermo est, ac, cum quæreretur, an non tutor posset prædium pupillo emtum pignori obligare venditori sine decreto in pretii adhuc exsolvendi securitatem, idque aperte negaretur mox in *l.* 3. subjungitur exceptio, in qua pignus conventionale etiam sine decreto tenet in prædio per pupillum emto, scilicet si pupillaris pecunia pupillo emtori subministrata fuerit ad prædium emendum cum pactione expressa, ut illud pro nummis pupillaribus pupillo alteri in emtionem creditis obligatum esset. Cujus exceptionis ea probabilis ratio est, quod privilegiatum suo non soleat uti privilegio; quo fit, ut decreti solemnitas ad pignoris in immobilibus constituendis firmitatem non ita desideretur, cum pupillus in prædium emendum credidit cum pacto pignoris, atque quidem cum extraneus sic credidit, vel ipse venditor majorennis sic voluit de pretio sibi debito fidem habere pupillo emtori. Unde & in *d. l.* 2. non proponitur quæstio, an prædium pecunia pupillari pro alio pupillo comparatum pignori sit, *sed an pignoris obligationem possit habere pupillus is, cujus pecunia fundus est emtus.* Nec absimilis responsio est ad *d. l.* 7. *ff. qui pot. in pignore*, quippe quæ itidem cohæret legi præcedenti quintæ ac sextæ, nec definit, an expressa, an vero tacita hypotheca competat; sed tantum exponit, quo mo-

do in pignore *interdum posterior potior sit priore*, juxta verba prima *d. l.* 5. cumque id varie probaretur exemplo ejus, qui in rei jam alteri obligatæ conservationem credidit, quia talis pecunia tunc salvam fecit totius pignoris causam, nec non exemplis aliis tandem etiam id demonstrat Ulpianus in *l.* 7. exemplo pupilli, ex cujus pecunia res comparata erat, quem in ea re emta vult potiorem esse aliis anterioribus emtoris creditoribus, quia pecunia talis credita & pretii loco numerata effecit, ut dominium emtori quæreretur; & itacr editori anteriori generalem hypothecam habenti nasceretur in ea re pignoris jus. Nec pupilli mentio ibi facta est, quasi jus quoddam singulare esset in pupillo, nummos in emtionem rei alicujus credente, cum in verbis sequentibus ejusdem *l.* 7. id, quod de pupillo dictum fuerat, generaliter asseratur de omni alio in emtionem rei credente, dum dicitur, *quod si res non in totum ex nummis cujusdam comparata est, erit concursus utriusque creditoris, id est, & antiquioris, & ejus cujus nummis comparata est.* Constat autem, iis, qui pecuniam crediderunt in rei emtionem, jus pignoris non nasci, sed solam personalem dari actionem, nisi specialiter aut generaliter res emta ipsis per emtorem obligetur, *l. quamvis ea pecunia* 27. *Cod. de pignorib. & hypothec.* Carpzovius *defin. forens. part.* 1, *const.* 28. *defin.* 107. 108.

16. Illud non satis expeditum est, an & pupillo legalis hypotheca competat in bonis tutoris pro iis, quæ tutor vel ante delatam sibi tutelam cœperat pupillo, ut ei, cui is heres extiterat, debere, vel durante tutelæ administratione, dum forte pupillus auctore tutore adivit hereditatem ejus, cui tutor ipse obligatus erat? Certi utique juris est, tutorem non ab aliis tantum pupilli debitoribus, sed & a se exigere oportere, si quid ipse pupillo debeat, & generaliter quod adversus alium præstare debuit pupillo suo, id eum quoque adversus se debere præstare, *l. quotiens* 9. §. *& generaliter* 3. *&* 4. *ff. de administr. & peric. tut. l. tutor datus* 69. *ff. de fidejussor.* arg. *l. si pupilli* 6. *ff. ult. l. proculus* 18. *ff. de negot. gestis l. si negotia* 31. *ff. mandati*, Montanus *de tutelis cap.* 32. *regula* 9. *num.* 26. *& seqq.* & quicquid, cum a se exigere deberet, non exegerit, in tutelæ judicium venire, quemadmodum venit in negotiorum gestorum actionem, quicquid aliena negotia gerens non exegit a se, cum ei deberet, ad cujus negotia gerenda accessit. *d. l.* 6. §. *ult. d. l.* 18. *ff. de negotiis gestis.* Quibus positis, id unum inspiciendum videtur, utrum debitum tale sit, quod durante tutelæ administratione exactionem habebat, an vero tale, cujus exactio ex die vel conditione suspensa erat. Nam si toto tutelæ administratæ tempore necdum dies aut conditio debiti extiterit; uti ab aliis illud exigere non potuit, si alii deberent, ita nec a se exigere debuit, quippe plus tempore a semetipso exacturus. Cumque hoc casu nulla neglectæ exactionis culpa aut mora solutionis appareat, neque tutor in ullo peccaverit, consequens est, hujusmodi debitum, in tutelæ judicium non transferri, adeoque non fieri pupilli intuitu privilegiatum aut hypothecarium, *l. quotiens tutor* 9. §. *si paterf.* 1. *ff. de admin. & peric. tut.* Si vero purum fuerit debitum, vel saltem durante administratione extiterit dies aut conditio ejus, quod pupillo tutor debet, sic ut etiam mora atque negligentia tutori in exigendo manifesta sit, tunc, uti per culpam tutoris non exacta a debitoribus extraneis veniunt in tutelæ judicium, quia munere suo ex bona fide functus non est, ita quoque venire debet hoc, quod sua mora atque negligentia a se non exegit, *l. adversus* 3. *C. de heredib. tut. & curator. l. ita autem* 5. §. *debitor* 4. *ff. de admin. & peric. tut. l. si tutor* 5. *ff. de tutelæ & ration. distrab. l. tutor datus* 69. *ff. de fidejussoribus*, cui consequens est, ut deinceps debitum tale incipiat hypotheca legali, actionem tutelæ comitante, munitum esse, arg. *l. quotiens tutor* 9. §. *si paterfamilias* 1. *ff. de administr. & peric. tut.* Responsa Jutiscons. Holl. *part.* 4. *consil.* 364. 365. 382. Neque interesse puto in hac quæstione, utrum tutor sortem pupillo debeat, an usuras aut reditus annuos: nam cum & usuras, quarum dies durante tutela cessit, ac venit, a se exigere debuerit, magis est, ut & hæ veniant in judicium tutelæ, ac ita prælationem habeant, Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 28. *def.* 172. 173. Quin & pro expensis litis, in quas tutor pupillo rationum redditionem petenti damnatus est, prælationem ac jus hypothecæ pupillo asserit Anton. Faber *Cod. libr.* 8. *& tit.* 7. *defin.* 1. 4. 5. Plane, si tutor vel patri pupilli vel ipsi pupillo secundum superius proposita pure quidem sortem debeat, sed ei per reliquos contutores pecuniæ pupillaris usus sub usuris in futurum relictus sit, aut alia ratione debiti novatio quædam per reliquos contutores fuerit facta, tutoris quidem debitoris intuitu debitum tale in judicium tutelæ venire non potest, cum in mora aut negligentia exigendi a se ipso hærere non intelligatur, qui novationis interventu prioris fecit obligationis dissolutionem; sed magis tutelæ judicio tenerentur eo casu tutores reliqui, ex eo, quod pupillarem pecuniam male crediderunt per novationem tutori isti, qui solvendo non est, uti tenerentur, si pecuniam a tutore debitore re ipsa acceptam extraneo minus idoneo collocassent, *d. part.* 4. *consil. Holl.* 365. *in med.*

17. Nascitur autem hoc jus hypothecæ legalis pupillis & similibus in bonis tutorum ac curatorum protinus ab eo momento, quo tutela vel cura delata fuit, non ab eo tempore, quo tutor negligenter aut fraudulenter gerere cœpit; sic ut omnibus illis, quibus post delatam tutelam hypotheca specialis constituta est, potiores sint, *l. cum oportet* 6. §. *ult. C. de bonis quæ liberis*, Ant. Faber *Cod. libr.* 8. *tit* 7. *defin.* 1. Montanus *de tutelis cap.* 31. *effectu* 2. *n.* 20. *& seqq.* Negusantius *de pignor.* 4. *membr.* 2. *part. num.* 17. Bachovius *de pignorib. libr.* 1. *cap.* 9. *num.* 5. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 227. *& consil.* 300. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 182. *post med.* & *vol.* 2. *consil.* 302. 202. & *part.* 4. *consil.* 199. 200. 201. Si plures tutelas idem tutor gesserit, ac dein bona ejus non omnium pupillorum indemnitati sufficiant, ex temporis prærogativa potiores illi erunt, quorum antiquior tutela, seu prius tutori delata fuit, arg. *l. ult.* §. 1. *in fine C. qui pot. in pignore.* Quod si non veri tutores sint, sed protutores, ex eo demum tempore initium hypothecæ legitimæ repetendum videtur, ex quo sese pro tutore aut alio simili titulo cœperunt rerum pupillarium administrationi immiscere, cum illud vere officii qualis qualis non tam delati quam sponte suscepti principium sit. Ant. Faber *Cod. libr.* 8. *tit.* 7. *defin.* 2. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 24. *def.* 14.

18. Natum vero semel pignoris legalis jus in bonis tutorum neque per finitam tutelam expirat, neque per rationum redditionem, sed demum per reliquorum restitutionem, utcunque minor jam major factus redditis sibi rationibus usuras reliquorum accepisset aut exegisset, si non aliunde novandi animus appareat, *l. qui nominibus* 44. §. 1. *ff. de admin. & peric. tut.* junct. *l. si pupillus* 9. *ff. de novation.* de quibus plenius *tit. de novationibus*. Vide interim Ant. Matthæum *de auction. libr.* 1 *cap.* 21. *num.* 26. 27. Denique nec interveniente morte pupilli hanc hypothecam a lege datam evanescere, sed ad heredes transmitti verius est; atque ita sentit Ant. Faber *C. libr.* 8. *tit.* 7. *def.* 2. *in not. num.* 5. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 21. *num.* 27. 29. & *de tutelis disput.* 4. *n.* 17. 18. Brunnemannus ad *l.* 42. *ff. de administr. tut.* Negusantius *de pignor. membr.* 4. *secund. part. princ. num.* 32. (Dissent. Berlichius *conclus. pract. part.* 1. *conclus.* 67. *num.* 33. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 15. *defin.* 12. *in fine.*) Licet enim olim tempore Pandectarum personale privilegium ad pupillorum successores non transiverit, *l. dabimusque* 19. §. 1. *ff. de reb. auctorit. jud. possid. l. ex pluribus* 52. *ff. de admin. & peric. tut. l. pen.* §. *pen. ff. de ritu nupt.* eaque de causa nec locum habuerit, si ventri curator quidem datus esset, sed partus non editus, *l si ventri* 24. *ff. de reb. auct. jud. possid.* non tamen ideo jus reale pignoris, quod postea a lege datum, morte pupilli perire debuit; tum, quia nuspiam in jure nostro inter modos, quibus jus pignoris sive conventionalis sive legalis extinguitur, mors creditoris numerata est; tum quia pignus hoc legale pupillis ideo videtur datum, quia per ætatem non poterant hypotheca conventionali in bonis tutorum sibi satis prospicere, uti sibi prospexissent majorennes, cum debitorem facultatibus labi suspicio est; ac proinde, uti jus pignoris conventionalis salvum est heredi pupilli, si illud pupillo quacunque ratione constitutum fuerit, ita & salvum esse debuit illud, quod velut in subsidium conventionalis ex æquo inductum est. Nec est, quod quis objiciat, hypothecam legalem in locum veteris privilegii personalis surrogatam fuisse, adeoque ejusdem oportere esse effectus & durationis, cujus & illud olim fuit. Sciendum enim, non tam surrogationem simplicem proprie dictam hic contigisse, quam potius augmentum securitatis fuisse factum; illud autem augmentum in jure reali pignoris consistens non esse censendum ex effectu aut duratione anterioris privilegii personalis, intelliget facile quisquis attentius consideraverit hypothecam a lege dotibus datam. Nam & mulierem olim pro dote personale tantum habuisse inter chirographarios privilegium, & illud æque ac privilegium pupillorum morte mulieris evanuisse, nec transivisse ad heredes certum est, *l. unic. C. de privilegio dotis*, *l. quæsitum est* 17. §. 1. *l.* 18. *l.* 19. *ff. de reb. auct. jud. possid.* Ex quo autem mulier legalem hypothecam, atque insuper privilegium prælationis ante hypothecarios plerosque tempore priores nacta est, jus quoque hypothecæ legalis una cum actione ex stipulatu pro dote recuperanda ad quoscunque transmisit heredes tanquam jus reale, secundum ordinariam hypothecæ naturam; sed privilegium ante alios exigendi, tanquam personale ac mulieris solius providentia inductum, a sola muliere aut liberis ejus de dote materna contendentibus, non item ab heredibus extraneis exerceri potuisse patet ex §. *fuerat antea* 29. *Instit. de action. l. ult.* §. 1. *vers. exceptis C. qui pot. in pignore*, in qua *lege ultima*, dum Imperator ait, *exceptis contra novercas anterioris matrimonii iis, quibus pro dote matris sua jam quidem dedimus hypothecam contra paternas res vel ejus creditores in præsenti autem similem prærogativam servamus*, supponit, se anteriori lege, puta *l. unic. D. de rei uxor. act.* liberis, qua heredibus suæ matris, tacitam dedisse hypothecam; quippe quam ita competere & dotibus ipsis inesse voluit, ac si instrumento dotali a prudentissimis viris confecto id cautum esset, *d. l. un.* §. 1. quamque hypotheca jam munitam ad successores incorruptam transmitti sancivit *d. l. un.* §. 4. & 6. Unde & in *novell.* 91. *in præfat.* heredibus aut creditoribus mulieris non negat hypothecæ jus in bonis mariti, sed tantum privilegium prælationis, ut soli mulieri liberisque ejus datum. Quemadmodum ergo legalis hypotheca transit ad heredes mulieris, quia est reale jus, licet neque olim transiret personale privilegium, neque jure novo jus illud personale prælationis ante alios creditores hypothecarios temporis anterioris jure munitos; ita nulla ratio est, cur aliud statueretur in hypotheca legali, quæ actioni tutelæ cohæret; præsertim, cum Justinianus mulieribus hanc hypothecam ad exemplum ejus, quæ jam ante pupillis data erat, a se concessam profiteatur in *d. l. un.* §. 1. *C. de rei uxor. act.*

19. Præcipua interim adversus hanc sententiam in eo difficultas est, quod quidam, inter quos Vanderanus *de privilegiis creditorum prolegom. cap.* 6. Bachovius *de pignoribus libr.* 2. *cap.* 9. *num.* 6. & *seqq.* & *ad Treutlerum vol.* 2. *disput.* 1. *thes.* 4. *lit. G.* serio contendunt, legalem pupillis hypothecam tempore Pandectarum competiisse; quod si ita sit, fateri necesse fuerit, olim morte pupilli evanuisse illud hypothecæ jus, juxta *d. l.* 42. *ff. de admin. & peric. tut.* & *d. l.* 19. §. 1. *ff. de reb. auctorit. jud. possid.* nec ullam hac in parte reperiri in Codice aut Novellis juris hujus veteris correctionem. Sed non ita est: etenim primo quidem in nulla Pandectarum lege mentio occurrit legalis seu tacitæ hypothecæ pupillis datæ in bonis tutorum; sed tantum *privilegium* proponitur datum, quo vocabulo plerumque in Pandectis solum denotatur personale privilegium inter chirographarios prælationem tribuens, ut in *l.* 17. *pr.* & §. 1. *l.* 18. 19. & *seqq. ff. de reb. auct. jud. possid.* & alis locis. Secundo, tale olim pupillis privilegium competiit in bonis tutorum, quale mulieribus pro dote in rebus mariti; unde & ista duo junguntur simul ac tractantur in *d. l.* 17. §. 1. & *ll. seqq. ff. de reb. auct. jud. possid. & vend. l. ex facto* 52. §. 1. *ff. de peculio*, dotis autem privilegium tantum ad prælationem, quæ inter chirographarios creditores actione personali experientes vertitur, pertinuisse, patet ex *l. si sponsa* 74. *ff. de jure dot.* & *l. ult. C. qui pot. in pign.* Sed & tertio huc facit, quod ab Hermogeniano in *l. ult. ff. de tutela & rat. distrah.* traditum est, privilegium in bonis tutoris, curatoris, protutoris, fuisse datum pupillis & furiosis, *si eo nomine cautum non sit*; id est, si nullum jus pignoris pupillo per tutorem expresse sit constitutum: nam si pignoris expressi constitutio intercessisset, major pupillo fuisset in pignore parta securitas, quam in pri-

vilegio personali a lege dato, atque adeo hoc ipsi tunc esset inutile. Quarto denique huc confert, quod prima hujus taciti pignoris pupillis dati mentio est in Constitutione Constantini in *l. pro officio* 20. *C. de administrat. tut.* sive ille primus hoc jus induxerit, sive illud ab anteriore aliquo Imperatore (cujus constitutio ad nos non pervenit) sancitum fuerit post tempora Jurisconsultorum, ex quorum responsis Pandectæ constat, & deinde a Constantino in *d. l.* 20. pro fundamento ac jure certo assumtum in rescripto ad Euphemianam directo, quod & probabilius: cum minus verosimile sit, Imperatorem rescripto ad fœminam privatam dato voluisse jus plane novum novumque privilegium toti pupillorum ordini indulgere. Neque contrarium evincitur ex legibus per dissentientes adduci solitis. Non enim primo id arguunt illæ, quæ privilegium & prælationem pupillis dant, veluti *d. l.* 52. §. 1. *ff. de peculio*, *l.* 19. §. 1. & *ll. seqq. ff. de reb. auctor. jud. possid.* aliæque similes; cum jam ante demonstratum sit, privilegium illud non hypothecam continere, sed tantum inter chirographarios prælationem. Non etiam ex eo probatur, quod pupillis denegetur *privilegium in bonis* magistratuum, ex adverso tribuatur in *bonis* tutorum, *l.* 1. §. *privilegium* 14. *ff. de magistrat. conveniendis*, *l. ult. ff. de tutela & rat. distrah.* Non enim *privilegium in bonis* hypothecam denotat, sed tantum prælationem in pretio ex venditis tutorum bonis redacto, juxta *l. qui nominibus* 44. §. 1. *de admin. & peric. tut.* quod & apparet satis ex eo, quod uxori quoque pro dote *privilegium in bonis viri* Ulpianus adscribit, *l. si cum dotem* 22. §. *ult. ff. soluto matrimon.* quam tamen Ulpiani tempore solo inter chirographarios privilegio personali donatam fuisse, *n. præcedenti* demonstratum est. Longe minus nostram premit sententiam, aut legalem hypothecam probat, *l. ult. ff. qui pot. in pign.* & *l. ult. ff. h. t.* cum utraque nullam tacite hypothecæ mentionem habeat, sed ex adverso de expressa post finitam demum tutelam constituta tractet; & in quæstione, an in *veterem contractum* res obligata esset, per *contractum veterem* in *d. l. ult. ff. h. t.* non designetur præcedens hypotheca tacita, quæ perperam *contractus* diceretur, sed potius obligatio ex tutelæ gestione nata, ipso Bachovio ad Treutlerum *in d. loco* id agnoscente. Simile ad *l. unic. C. rem alienam gerentibus* responsum dari potest, eam nempe pupillis nullam tribuere hypothecam tacitam, adeoque de expressa per conventionem iis quæsita accipiendam esse, convenienter dictæ *legi ult. ff. qui potior. in pignore*, maxime, cum utrobique de tutore ex tutela jam condemnato, & post condemnationem res suas fisco obligante, sermo sit. Non obstat denique, quod tempore Pandectarum tutor non potuerit cum fisco contrahere, vel vectigalia conducere, nisi postquam pupillo rationes fuissent redditæ; aut post obitum pupilli heredibus ejus reddendæ essent, *l.* 1. §. *ex illa quoque* 9. 10. 11. 12. *ff. ad leg. Cornel. de falsis*, *l. unic. C. ne tutor vel curator vectig. conducat* *l.* 49. §. 1. *ff. locati*, nec alia hujus definitionis ratio fuerit, quam ne fiscus damnum sentiret, tanquam postponendus pupillis anteriorem hypothecam legalem habentibus; cui sane fisco, legalem hypothecam habenti, nihil a pupillis, quorum tutela suscepta antiquior erat contractu fiscali, metuendum fuisset, si hi tantum personali inter chirographarios privilegio, non item pignoris taciti jure, fuissent muniti. Non, inquam, hæc utcunque speciem ac colorem insignem habentia, revera obstant. Perperam enim definitionis istius rationem ex afficta pupillis hypotheca tacita peti, monstratu haud difficile est. Nam si ratio, cur tutor vectigalia non conducat, consisteret in jure tacitæ hypothecæ pupillis quæsitæ, quasi tutoris, ante redditas rationes vectigalia conducentis, bona prius ex lege pupillis obligata essent, & eo dissimulato deinceps fisco cœpissent obligari, tunc non publicum falsi crimen (ut est in *ll.* objectis) sed extraordinarium stellionatus tutori vectigalia conducenti debuisset impingi juxta *l.* 2. & *ult. C. de crimine stellionatus*, cum certum sit, jure Romano cum publica falsi accusatione concurrere non potuisse extraordinariam stellionatus executionem, sed hanc ita in criminalibus, quemadmodum doli actio in civilibus, subsidiariam esse, *l. stellionatus* 3. §. 1. *ff. stellionatus*. Sed & secundo, si prohibitionis ratio esset posita in legali pupillorum hypotheca, tunc falsi vel potius stellionatus crimen non tantum committeretur, quando tutor vectigalia conducit sed etiam ex opposito quando vectigalium conductor se tutorem creari patitur; cum utroque in casu eveniret, ut res posteriori obligaretur, quæ jam ante priori obligata est: quod tamen in *d. l. un. C. ne tut. vel curat. vect. conducat*, *d. l.* 1. §. 10. *ff. ad leg. Cornel. de falsis*, aperte negatur; adeo ut ne excusare quidem sese a tutela publicanus possit, nisi per se vectigalia exigat, *d. l.* 1. §. 10. junct. *l. in bonoribus* 8. §. 1. *ff. de vacat. & excus. muner.* Denique tertio nulla ratio foret, cur, si pupillus æque legalem habuisset hypothecam, ac fiscus, cur, inquam, leges minus prospexissent pupillo quam fisco, permittentes, ut vectigalium conductor deinde tutor creetur, quia fiscus tunc securus est redditus per anteriorem hypothecam legalem, non permittentes ex adverso, ut tutor vectigalia conducat, ubi pupillus per hypothecam legalem, (ut supponitur) anteriorem in tuto jam collocatus est. Cum ergo ex hisce appareat, rationem prohibitionis, ne tutor vectigalia conducat, peti non posse a jure tacitæ hypothecæ, quæ pupillis olim fuisset a lege concessa: sequitur, ex *d. legibus* prohibitionem illam continentibus probari etiam haud posse, quod pupilli tempore Pandectarum tacitam habuissent a lege hypothecam in bonis tutorum. Quod si veram istius prohibitionis rationem inquiras, hanc magis adduci posse opinor, ne, si durante vectigalium conductione rationes tutelæ ante gestæ exigantur & reliquationi satisfiat, ita *dissiparentur & extenuarentur bona eorum, qui vectigalia conduxerunt*; quod ipsum fisco, licet hypothecam habenti, damnosum esset, dum bona semel ad alios translata, præsertim in nummis aliisque mobilibus consistentia, difficilis sæpe persecutionis sunt, tametsi pignoris jure persequenti devincta. Sic enim in *l. semper* 5. §. *conductores* 10. *ff. de jure immunitatis*, de his ipsis vectigalium conductoribus dicitur, *eos necessitate subeundorum munerum municipalium non obstringi*, imo, *si ultro se offerant municipalibus muneribus*, proprius esse, *ut probibendi sint a præside, vel procuratore Cæsaris, nisi jam paria fecisse fisco dicantur*; additurque hæc sola hujus definitionis ratio, *ne extenuentur facultates eorum, quæ subsignata sunt fisco.* Constat utique, ex susceptis postea muneribus per eos, qui vectigalia jam a fisco conducta habebant, nihil potuisse fisco decedere quantum ad jus legalis

hypothecæ, quippe in omnem eventum tempore prioris; ac proinde nec fisco, vectigalium locatorum pensiones exigenti, metuendam fuisse prælationem municipiorum, quorum munera post vectigalium conductionem conductores suscepissent. Sola ratio erat dispersio, expensio, extenuatio facultatum ad publicanos pertinentium; qua licet res cum suo onere transirent, tamen fisco difficilior reddebatur persecutio, aut ignoratis rerum distractarum possessoribus, aut actionibus saltem ad res illas dispersas revocandas multiplicandis. Hæc plenius tractasse consultum duxi, ut luculento & elaborato satisfieret Viri cujusdam consultissimi responso, quo adstruendum susceperat, heredibus pupillorum a judice denegari oportere hypothecam legalem in bonis tutorum, cujusque comprobationem rogati non ita pridem Juridicæ Facultatis in hac Universitate Antecessores censuerunt declinandam.

20. Porro, uti magnus pupillorum favor fuit, ita quoque publica dotium utilitas Justiniano tanti fuit habita, ut, cum antea tantum inter chirographarios prælatio mulieri tributa esset de dote recuperanda agenti, ipse sua constitutione jus hypothecæ induxerit in bona mariti, tum pro dote ipsa, tum etiam pro dotis augmento ex die augmenti, *l. assiduis* 12. *D. qui pot. in pign. novell.* 97. *cap. aliud quoque* 2. *&* 3. §. *fuerat antea* 29. *Instit. de action. l. unic.* §. 1. *C. de rei uxor. act.* nisi mulier hæretica esset, *novell.* 109. sive ipsa mulier sive heredes ejus, aut extranei, qui pro muliere dotem dederant, de dote repetenda contendant, *d. l. unic.* §. 1. si modo non in fraudem creditorum augmentum factum sit; de quo videnda *d. nov.* 97. *c.* 2. ibique Cujacius, Rittershusius *ad novellas par.* 5. *cap.* 2. Et quamvis neque cum sponsa, neque cum puella annis duodecim minore, neque cum servilis conditionis homine matrimonium sit; ac sine matrimonio dos nulla propria intelligatur, *l. stipulationem* 21. *ff. de jure dot.* tamen, si vel sponsa, vel puella minor annis duodecim, vel servo per errorem tanquam libero copulata, dotem dederit, nuptiis deinde non secutis aut irritis pronunciatis, placuit, perinde dotium repetendarum privilegia salva esse, ac si vere matrimonium secutum aut secundum leges contractum fuisset, *l. si sponsa* 74. *ff. de jure dot. l. cum dotem* 22. §. *si sponsa* 1. *l.* 18. 19. *ff. de reb. auctor. judic. possid.* Sed & pro paraphernis hypotheca mulieri in bonis mariti a lege data est, *l. ult. D. de pactis conventis.* Quemadmodum vice versa marito quoque competit pro consequenda dote promissa in bonis promissoris, sive ipsa mulier pro se dotem promiserit, sive alius pro ea, *l. unic.* §. 1. *C. de rei uxor. act.* uti & pro recuperanda propter nuptias donatione, *l. ult.* §. 2. *C. qui pot. in pign.* maxime, ex quo obtinuit; eam pari cum dote passu in plerisque ambulare, ac eodem censeri jure, juxta *auth. æqualitas*, *& auth. sed qua C. de pactis conventis.* Cum autem nostris moribus alia longe rerum facies in matrimoniis circa commoda & onera & rerum inter conjuges communionem appareat, ac propterea etiam cessent illa jura dotium & privilegia prælationis, sciendum est, tum demum mulierem, de dote repetenda contendentem, recuperare quæ contulit, cum omnes mariti creditores dimissi sunt, si non pactis dotalibus mulieri de dotis securitate prospectum, & ipsa nominatim dotem sibi salvam pacta sit; quo tamen casu solis præferenda nunc esset creditoribus mariti hypothecariis, quibus stante demum matrimonio hypotheca constituta est; non vero illis, qui hypothecam specialem expressam vel legalem habent matrimonio contracto vetustiorem, ut docet post alios Sim. van Leeuwen *Cens. for. par.* 1. *libr.* 1. *cap.* 12. *n.* 3. & in materia nuptiarum ac dotium plenius tractandum erit.

21. Effecit & favor implementi ultimarum voluntatum, ut legatariis ac fidei commissariis hypotheca per leges concessa fuerit in bonis defuncti pro legati ac fideicommissi per eum relicti securitate: non item in bonis heredis aut aliter gravati, *l.* 1. *C. commun. de legatis.* Neostadius *curiæ Holl. decis.* 2. Cujus hypothecæ non ea vis est, quod tum legatarii tum fideicommissarii exercere possent prælationis jus in bonis defuncti adversus defuncti ipsius creditores; cum in aperto sit, & veteri & novo jure nec legata nec fideicommissa præstanda esse, nisi postquam omnes dimissi fuerint defuncti creditores, §. *ul. Instit. de lege Falcidia, l. ult.* §. *sin vero* 5. *C. de jure deliberandi* sed potius, quod creditoribus heredis anteponendi sint in defuncti rebus, si forte heres ita obæratus sit, ut bona defuncti mixta bonis heredis, non sufffectura sint æri alieno defuncti & heredis ac legatorum obligationi. Unde, sicut legatarii omnibus postponendi sint defuncti creditoribus, ita ex adverso omnibus heredibus aut restituere rogati creditoribus, licet hypotheca generali expressa vel legali munitis, potiores sunt, quippe quibus nihil ex patrimonio defuncti cedere debet, quamdiu inde legatariis ac fideicommissariis satisfactum non est. Bachovius *conclus. pract. par.* 1. *conclus.* 67. *n.* 71. *& seqq.* Sed quia heredis ipsius bona hoc pignoris legalis vinculo legatariis devincta non sunt, juxta finalia verba *d. l.* 1. non dubium videtur, quin &, quantum ad bona illa attinet, omnibus heredis creditoribus tum hypothecariis tum chirographariis privilegiatis postponi debeant, concursuri tantum cum simplicibus chirographariis, tanquam qui & ipsi tantum simplices personales creditores sunt, heredem quippe ex quasi contractu, aditione hereditatis, sibi habentes obligatum. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 266. *qu.* 2. Notandum interim jus plane singulare hypothecæ hujus a lege datæ: nam cum vulgo pignoris causa individua sit, sic ut in casu, quo plures debitores vel plures unius debitoris heredes sunt, adversus eos singulos in solidum hypothecaria agi possit, si pignus possideant, ut *tit.* 4. tractabitur; hic ex adverso placuit Justiniano, non ultra unumquemque hypothecaria conveniendum esse, quam in quantum personalis actio adversus eum moveri potest, *d. l.* 1. *in fine C. commun. de legatis.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 23. Ant. Faber *Cod. lib.* 6. *tit.* 23. *defin.* 1. *&* 7.

22. Quod si diversis temporibus testator alia atque alia legata diversis reliquerit; nullam ex tempore prælationem sibi vindicare possunt legatarii prius honorati, sed par omnium cujuscumque temporis legatariorum causa est quantum ad hypothecam attinet. Cum enim nulli legatario sive priori sive posteriori ullum nascatur legati persequendi jus, nisi ex quo testator moritur, ac morte suum supremum judicium firmat, ac proinde legatariis omnibus uno eodemque momento nascatur obligatio ad legatum, etiam adjunctum isti obligationi jus hypothecæ eodem nasci momento necesse fuit; quo fit, ut velut tem-

pore pares pariter quoque ad bona defuncti sibi per legem devincti concurrere debeant. Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 11. *defin.* 15 Sed &, si aliis pure, aliis sub conditione, legatum ponas, deterioris conditionis in hypotheca non sunt censendi, quibus sub conditione relictum est, licet demum diu post mortem testatoris conditio extiterit. Non enim ab existentia conditionis, sed retro a mortis tempore jus pignoris legalis legatario conditionali quæsitum intelligi debet, perinde ac si pure legatum esset; eodem modo, quo & ei, cui pro debito conditionali pignus conventionale constitutum est, jus illud natum creditum non ex tempore existentis conditionis; sed ex quo pignoris conventio interposita est; adeo ut, conditione quandocumque existente, creditor talis potior sit illis, quibus post constitutum pro conditionali debito pignus res eadem pro debito alio puro ante conditionis eventum obligata fuerat *l. qui balneum* 9. §. *sed & si* 2. *l. potior est* 11. §. *videamus* 1. *ff. qui pot. in pign.* arg. *l. si fideicommissorum* 11. *ff. ut in possess. legat. &c. esse liceat.* Eoque facit, quod & ex missione in possessionem legatorum nomine missis omnibus æquale jus pignoris prætorii quæsitum fuit, etsi non eodem tempore legatorum omnium dies vel conditio extitisset, neo eodem omnes tempore missi essent, *l. is cui* 5. §. *qui prior missus* 3. *ff. ut in poss. legat. &c. esse lic.* at pignus hoc legale legatariis etiam sine scrupulosis in rem missionum ambagibus possent securi esse, *d. l.* 1. *in pr. C. commun. de legatis.* Plura de hac hypotheca legali, & actione hypothecaria legatariis competente, tractata sunt in *tit. de legatis num.* 40 & *seqq.*

23. Concessum insuper per leges hypothecæ jus in bonis vidui viduæve ad secunda vota transeuntis, pro restitutione eorum, quæ ei sub conditione viduitatis relicta erant, *novell.* 22. *cap. unde sancimus* 44. §. 2. Uti & liberis prioris matrimonii in bonis parentis ad secunda vota transeuntis, pro restitutione rerum a priore conjuge vel aliis prioris thori liberis ad parentem superstitem devolutarum, quoties illæ in poenam secundarum nuptiarum ad thori prioris liberos reverti debet, *l. hac edictali* 6. §. *omnibus* 2. *l. si quis prioris* 8. §. *in illo* 4. *C. de secund. nuptiis.* Abr. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 11. *n.* 65. & *seqq.* Sed & generaliter liberis pro bonis a parente defuncto, vel ab eo, qui ex linea parentis defuncti sanguine junctus est, ad ipsos devolutis, & a parente superstite administratis ac possessis, *l. si quis prioris* 8. §. *ult. C. de secundis nupt.* arg. *l. cum oportet* 6. §. 1. & 2. *C. de bonis quæ liberis*, Ant. Faber *Cod. libr.* 8. *tit.* 7. *defin.* 13. & *libr.* 6. *tit.* 35. *defin.* 9. *in notis num.* 8. Berlichius *conclus. pract. part.* 1. *conclus.* 67. *n.* 13. 14. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 19. *num.* 50. *in fine.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 133. *fere in fine*, quod usque adeo apud nos probatum est, ut & novercæ vel vitrici bona liberis prioris thori jure communionis statutariæ obligata habeantur, si non pactis dotalibus aliud inductum sit. D. Someren *de jure novercarum cap.* 5. *sect.* 1. *n.* 5. 6. Non tamen pro ceteris adventitiis hoc jus hypothecæ liberis in bonis parentis a jure datum, quia aperte satis negatum est, *d. l.* §. 1. 2. *C. de bon. quæ lib.* licet pro hisce quoque hypothecam iis assignet Ant. Faber *d. locis.* Quod & a nostris moribus alienum non videtur. Cum enim apud nos usufructus adventitiorum ad patrem aut matrem non pertineat, ac proinde bona talia jure patriæ potestatis aut jure parentis non possideantur aut administrentur, sed magis per eos, velut tutores aut tutrices; vel saltem ut tales, qui pro tutore negotia gerunt, regantur ac detineantur, consequens est, ut & bona eorum, tanquam tutorum aut pro tutore gerentium, ex legis dispositione liberis pro adventitiorum restitutione devincta sint. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 40. *quæst.* 1. & *consil.* 299.

24. Nec perit liberis hoc hypothecæ legalis jus in bonis parentis superstitis pro bonis parentis prædefuncti, si interventu transactionis (*by Uytkoop*) per parentem superstitem certa quantitas pecuniaria vice patrimonii paterni maternive ipsis aut eorum adhuc minorennium tutoribus promissa sit; cum non tam novatio eo modo facta, quam potius familiæ erciscundæ judicium per adjudicationem quandam terminatum intelligatur: ut proinde, nulla apparente novandi voluntate, etiam sublatum videri nequeat pignus legale. In quam sententiam etiam frequenter responsum fuit D. Someren *de jure novercar. cap.* 5. *sect.* 1. *num.* 1. & 10. Respo s. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 49. *quæst.* 1. & *consil.* 140. 189. 299. & *part.* 4. *consil.* 296. (contra tamen in *d. part.* 5. *consil.* 295. & 320. & *part.* 5. *consil.* 133. *in fine*). Quamvis nec infrequens fuerit, abundantioris cautelæ gratia speciale pignus certis in rebus immobilibus constitui in quantitatis repromissæ securitatem, quo casu etiam secundum placita anteriora Ordinum Hollandiæ tales pignorum constitutiones a quadragesimæ solutione liberæ pronunciatæ fuerunt, *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 1955. *art.* 5. licet in posteriore decreto eorundem Hollandiæ Ordinum *anni* 1665. 5. *Febr.* altum de illo pignoris genere tributi quadragesimæ eximendo silentium sit; forte, quia visum fuit, abunde liberis hypotheca legali prospectum esse, quæ ab isto onere quadragesimæ ibidem immunis declaratur, *vol.* 3. *pag.* 1005. 1006. Et hæc adeo vera sunt, ut, si parens superstes in assignatione bonorum conjugis prædefuncti omne æris alieni onus in se receperit, liberique velut prædefuncti parentis heredes in æris alieni semissem conventi fuerint per creditores, quibus illa inter parentem superstitem liberosque interposita transactio nocere non potuit aut adimere adversus liberos agendi jus, etiam in id quod creditoribus solverunt, legalem hypothecam salvam habeant; eo quod hæc ipsa conditio, qua onus universum æris alieni in parentem rejicitur, pars pretii, patrimonii vice assignati, esse videtur; dum major alioquin quantitas liberis promittenda fuisset, si & individuam sustinuisset debitorum molem. D. Someren *de jure noverc. d. cap.* 5. *sect.* 1. *num. ult.*

25. Civitati quoque, & ad exemplum ejus ecclesiis aliisque piis locis, in bonis administratorum legale pignus ab interpretibus vulgo vindicatum est. Nam etsi civitates privatorum loco habeantur, *l. eum, qui vectigal* 16. *in fine ff. de verbor. significat.* arg. *l. ob pecuniam* 81. *ff. de furtis*, *l. nihil interest* 15. *ff. ad Senatusc. Maced.* tamen quia placuit, eas in plerisque minorum jure uti, *l. res publica* 4. *C. quib. ex caussis majores*, *l. rempublicam* 3. *C. de jure reipublicæ*, & non modo heredes eorum, sed & rerum ad eos pertinentium possessores ex administratione conveniri posse, *l. ult. C. quo quisque ordine conveniatur*, non incon-

veniens fuit, eas etiam admitti ad jus legalis hypothecæ, quod minoribus in bonis curatorum competere supra dictum est. Ac frustra sunt, qui *d. l. ult.* restringendam putant ad res auctione Pauliana vel rescissoria revocandas. Cum utique altum de alienatis in fraudem creditorum in ea lege silentium sit, & generaliter possessores rerum dicantur conveniendi; actio vero Pauliana non detur contra quosvis rerum possessores; &, si maxime contra omnes rei, in fraudem creditorum alienatæ, possessores competeret (uti competit rescissoria), non tamen ideo promiscue contra possessores rerum debitoris, sed tantum contra possessores earum rerum, quæ in fraudem creditorum alienatæ sunt, reliquis alienationibus, non in fraudem creditorum factis, in suo robore perdurantibus. Montanus *de tutelis cap.* 31. *effectu* 2. *num.* 29. *& seqq.* Berlichius *concl. pract. part.* 1. *conclus.* 67. *n.* 41. *& seqq.* Mugnoz *de ratiociniis cap.* 39. *num.* 6. 7. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *const.* 28. *defin.* 115. atque ita moribus servari, tradit Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 22. Auctor appendicis decisionum post Resp. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 36. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 1. *circa fin.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 50. & 53. *in med.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 364. 365. Quid, quod & societati Indiæ Orientalis & Occidentalis apud nos diserte hæc pignoris prærogativa asserta est, in illis saltem bonis, quorum intuitu administratores societatis illius participes sunt ac esse debent, *Octroy van de Oost Indische Compagnie ann.* 1602. *art.* 32. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 535. *Octroy. van de West, Ind. Compagnie ann.* 1621. *art.* 33. *d. vol.* 1. *pag.* 573. 574. Groenewegen *ad Grotii manud. lib.* 1. *cap.* 48. *num.* 23. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 53. *post med.* Pagos etiam ac vicos si hypothecæ legalis in bonis eorum, quibus commiserunt exactionem onerum, quæ appellantur *Morgen-Gelde en M[illegible] Gelden*, præferri aliis creditoribus hypothecam posteriorem specialem habentibus, in Hollandia judicatum est. *Appendix decision. post consil. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 19. *in fin.*

26. Non tamen civitatibus, ecclesiis, similibusque idem jus competit in bonis eorum, quibuscum contraxerunt, sic ut hac in parte non eadem civitatum & fisci causa sit: nisi specialiter certa civitas ex beneficio sibi concesso jus illud nacta esset, *l. simile* 10. *ff. ad municipalem l. an respublica* 2. *C. de jure reipubl.*, uti id Antiochensium Cœle Syriæ civitati datum legitur, *l. Antiochensium* 37. *ff. de reb. auctor. jud. possid. & vend.* & variis nunc civitatibus inveterato usu quæsitum est, quas recenset Ant. Matthæus *de auctor. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 20. 21. An & Hollandiæ civitatibus? Vide *placitum Ord. Holl.* 28. *Febr.* 1665. *vol.* 3. *pag.* 1006. Interim tamen Pandectarum tempore civitates in bonis debitorum suorum privilegium inter chirographarios creditores habuisse, & causam earum separatam fuisse a ceteris creditoribus personalem actionem habentibus, Paulus docet, *l. pen.* §. 1. *ff. de rebus auctor. jud. possidend.* Sed & postea ex Constantini constitutione civitatibus actio contra possessores bonorum alienatorum debitoris inidonei pro rata concessa fuit, personalis scilicet ex lege condictio, non hypothecaria; quippe contra singulos rerum possessores in solidum danda foret, *l.* 2. *C. de debitoribus civitatis.* Nec hisce, quæ de privilegio civitatis inter chirographarios dicta, repugnat, *l.* 2. *C. de jure reipublicæ.* Non enim alio sensu *non separanda* dicitur *causa reipublicæ a ceteris creditoribus, qui habent personalem actionem*, quam quatenus respublica non magis, quam privati, legalem hypothecam habet, de qua ibi quæstio erat, nec res debitorum actione hypothecaria persequi potest, si non conventionali pignore sibi prospexerit. Confer Sande *dec. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 1. Ant. Matthæum *de auction. dict. cap.* 19. *n.* 19. 20. 21. 53. *in med.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 4. *cons.* 135.

27. Vidimus hactenus eas hypothecæ legalis species, quibus universum debitoris patrimonium devinctum est: sunt & aliæ, quæ non omnia debitorum bona afficiunt, sed tantum certas ac speciales res. Etenim dominis directis pignoris taciti jus pro canone aut solario in fundi emphytheuticarii utile dominium aut superficiarii superficiem, adeoque in ea, quæ proprie emponemata dicuntur, a jure datum est, ac eorum exemplo illis quoque, quibus annuus ex prædio census debetur, in prædium illud censuale pro census annui securitate, *l. etiam superficies* 15. *ff. qui potior. in pignor.* arg. *l. lex vectigali* 31. *ff. de pign. & hypoth.* Hugo Grotius *manud. ad jurisp. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 12. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 10. *in fine, & cap.* 19. *num.* 58. *in med.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 38. *defin.* 16. Argentariis quoque datum videtur jus hypothecæ legalis, si crediderint in militiam venalem emendam, *nov.* 136. *cap. secundum* 2. junct. *novel.* 53. *cap. optimum* 5.

28. Præterea publici aspectus (favor propter quem domini etiam inviti magistratus auctoritate coguntur ædes reficere, *l. præses provinciæ* 7 *ff. de offic. præsidis*, & nullo jure ædificata in publico loco prohibentur tolli, si publico non officiant, *l.* 2. §. *si quis nemine* 17. *ff. ne quid in loco publ.*) effecit, ut pignus tacitum ex Senatusconsulto & D. Marci edicto datum fuerit iis, qui crediderunt in ædium refectionem, idque in ipsas ædes refectas, non item cetera ad ædium dominum pertinentia bona; sive domino ipsi crediderint, sive redemptori operis, si modo id factum sit ex domini mandato, sive materiam ipsam, sive pecuniam, *l.* 1. *ff. h. t. l. si venteri* 24. §. *Divus* 1. *ff. de reb. auct. jud. poss. l.* 1. *ff. de cessione bonor. l. cum duobus* 52. §. *idem respondit* 10. *ff. pro socio l. creditor* 25. *ff. de reb. creditis.* Nec dubium, quin & in cessionarium una cum actione cessa transeat hoc pignoris jus, utpote reale, ac non personæ sed causæ intuitu a lege datum, arg. *l. emtori nominis* 6. *ff. de hered. vel act. vend.* Et quamvis ex Romanis juris principiis verius sit, fabris pro mercede operarum hanc non competere legalem hypothecam; tum quia id nuspiam cautum; tum quia ex operis præstitis nihil exstat aut superest, quod ab ædibus separari posset, uti quidem materia credita; in Hollandia nihilominus contraria sententia prævaluit, Neostadius *Curia Holl. decis.* 35. *in fine.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *numer.* 14. Non aliter tamen hypotheca hæc competit, quam si re ipsa in refectionem ædium quid versum sit, nec sufficit creditam esse sive pecuniam sive materiam, quoties illa aliis deinde usibus applicatur, arg. *l. quod si servus* 3. §. *sed si* 9. *ff. de in rem*

verso, Andr. Gayl *lib.* 2. *observ.* 12. *n.* 24. Mynsingerus *cent.* 1. *observ.* 60. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 5. *in fine.* Negusantius *de pignor. membro* 2. *partis quintæ num.* 15. Berlichius *part.* 1. *concl. pract.* 65. *n.* 133. 134. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 28. *defin.* 106. Nec improbabile fuerit, impensas refectionis necessariæ a reliquis separari impendiis in ædium ornatum aut amplificationem factis; quippe quarum intuitu non ultra videtur privilegium prælationis tribuendum, quam quatenus domus inde vere pretiosior facta est, arg. *l. quod si* 3. §. 3. 4. *ff. de in rem verso*, junct. *l. ult. in fine principii ff. de exercit. act.* Negusantius *d. membro secundo partis* 5. *num.* 15. *in fine.* Non etiam ei locus est, si quis crediderit in emtionem aut exstructionem novæ domus, nisi illa in locum ejus, quæ in totum exusta aut collapsa est, cujusque ruderibus aut vacuo loco deformis redderetur aspectus urbis, reposita sit: quod & puto velle Jurisconsultum, cum ait, pignus insulæ creditori datum, qui pecuniam *ob restitutionem ædificii exstruendi mutuam dedit*, *l.* 1. *ff. h. t.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 5. Ant. Faber *C. lib.* 8. *tit.* 7. *defin.* 10. *& in not.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 5. *vol.* 2. *consil.* 129. *in notis.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 34. *&* 36. ubi & tradit, unde apparere videatur, an in restitutionem an magis in novæ domus ædificationem, creditum sit. Longe minus pignus legale quæritur illis, qui in aliarum rerum sive reparationem, sive meliorationem, sive emtionem crediderunt; quippe quibus necesse omnino, ut ex conventione jus pignoris sibi parent, *l. licet* 7. *C. qui pot. in pign. l. quamvis ea* 17. *Cod. de pign. & hypoth.* etsi negandum non *sit*, quin & possessoribus rerum mobilium ac immobilium, & artificibus multifariam rerum mobilium, quas suo sumtu ac labore repararunt feceruntque meliores atque etiamnum tenent, retentio tum jure Romano, tum nostris moribus tributa sit, non modo adversus ceteros creditores ejus, qui rerum melioratarum dominus est, sed & adversus ipsum dominum rei; sic ut neque domino, neque curatori bonorum debitoris obærati, restituere res illas teneantur, nisi sibi plene satisfactum sit de iis, quæ vel operarum vel meliorationum nomine consequi jura permittunt; ut dictum *tit. de compensat. n.* 20. *&* 21.

29. Præter hypothecas legales jure Romano datas, ac jam expositas, etiam hodiernis moribus aut legibus pignora quædam tacite inducta sunt. Etenim jure quidem civili illis, qui crediderant in navem exstruendam, instruendam, emendamve, nulla hypotheca per legem concessa fuerat, sed tantum privilegium inter chirographarios, cujus vi post fiscum, legalem hypothecam habentem, veniebant. *l. qui in navem* 26. *l.* 26. *l. quod quis navis* 34. *ff. de reb. auctor. jud. possid.* adeoque per hypothecam conventionalem prospicere sibi tunc debuerunt; deque ea hypotheca expressa accipienda, *l. interdum* 5. *&* 6. *ff. qui potior. in pign. novell.* 97. *cap. bis consequens* 3. quippe quibus in textibus non quæritur, qui tacitam hypothecam habeant, qui non; sed tantum, qui potiores sint in pignore, posito quod habeant hypothecæ jus; an vero illud ex conventione an ex lege iis quæsitum sit, non ibi, sed aliis in legibus definitum est. Si dicas, Romanos non ignaros fuisse, ad reipublicæ utilitatem etiam navium exercitionem pertinere, *l.* 1. §. *licet autem* 20. *ff. de exercitor. act.* respondeo, ideo quoque fuisse motos, ut credentibus inter chirographarios tribuerent prælationem, non tamen hypothecam. Confer Vinnium *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 4. Bronchorst *enant. cent.* 2. *assert.* 76. Ast usu hodierno contra placuit, æque illis, qui in navis refectionem crediderunt, hypothecam competere in navem ipsam, ac in ædes illis, qui in earundem crediderunt instaurationem; dum penes nos navium numero ac robore salus publica defenditur, exercentur cum gentibus longe dissitis ultra Garamantas & Indos commercia unde potissimum pecunia, belli nervus, & præcipuum firmandorum imperiorum adjumentum, Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 14. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 18. *num.* 35. Simon van Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 9. *num.* 7.

30. Sed & dominis mercium, per magistrum navis urgente necessitate distractarum, pro earundem æstimatione navis devincta est, sed, non ultra annum & diem, si navis aliena sit, *Wisbuysce Zee Rechten art.* 40. 41. Grotius *d. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 25. 26. Matthæus *d. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 58. *ante med. & in parœm. Belgarum Jurisc. parœmia* 7. *num.* 13. *fere in fine.* Sociis etiam nauticis in Indiam Orientalem aut Occidentalem navigantibus in navem, cui operam navant, & merces ea vectas, usque adeo, ut nave cum mercibus pereunte, mercedis quoque exactio evanescat, *Artikel. Brief. van d'Oost-Indische Compagnie*, *ann.* 1672. *art.* 40. *&* 42. *volum.* 3. *placit. pag.* 316. *Artikel Briefnan de West Indische Compagnie*, *ann.* 1675. *art.* 18. *d. vol.* 3. *pag.* 1348. quod generaliter sociis nauticis quocunque navigantibus jam ante tributum fuerat a Grotio *d. lib.* 2. *cap.* 48. *n.* 24.

31. Adhæc universitati agrorum aggeribus inclusorum aut munitorum in prædia singula istius universitatis pro impensis in refectionem aggerum, aquæductuum, molendinorum, similiumque jam repræsentatis aut exsolvendis. Neostadius *Curiæ Holl. dec.* 24. *&* 35. Grotius *d. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 13. Matth. *d. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 12. *&* 58. *in med.* Respons. Jurisc. Holland. *par.* 1. *consil.* 197. Redemtori in bonis ejus, quem a Turcis aut aliis Barbaris captum redemit, quemadmodum jure Romano redemtus ipse quodam quasi pignoris jure redemtori devinctus erat, sic ut & ipse sibi per redemtorem non inutiliter legaretur, *l. senatus* 43. §. *ult. ff. de legatis* 1. *l. qui testamento* 20. §. 1. *ff. qui testam. fac. poss. l. ab hostibus* 2. *l. Frates* 8. *l. si liberum* 11. *C. de postlimin. revers. & redemt.* Vid. *l'ordonance de Louis XIV. de l'ann.* 1681. *touchant la marine livr.* 3. *tit.* 6. *art.* 13. Ant. Matthæus *d. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 40. Illis quoque, qui vendiderunt ac cesserunt seu transcripserunt emtori partem suam in societate Indica Orientali aut Occidentali, in ipsam illam partem transcriptam, pro securitate pretii necdum soluti, si de eo fides habita sit, ut variis cautum placitis Ordinum Generalium, quæ collecta *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 155. *& seq. & pag.* 665. 666. & novissime *placito anni* 1677. 16. *Septembr. vol.* 3. *pag.* 1307. Denique etiam insolatoribus seu lineorum candidatoribus (*Linnen en Garen Bleekers*) hypotheca atque prælatio & jus retentionis in Hollandia data sunt pro mercede albedinis procuratæ, sic ut omnibus aliis præferantur creditoribus dominorum, ad quos linea pertinent, sive pro illis li-

neis, quæ etiamnum tenent, sive pro aliis jam domino redditis merces debeatur; nec rescripti moratorii aut cessioni beneficio per dominum impetrato jus illud retentionis ipsis depereat; imo si dominus lineorum jam redditorum, ipsis adhuc debens mercedem, aliis linea albanda locaverit, etiam in his alteri sic commissis jussi sint potiores esse, *Placit. ordin. Holl.* 20. *Jan.* 1614. *vol.* 1. *placitor. pag.* 1222. *& seq. & plac. anni* 1677. 3. *Apr. vol.* 3. *placitor. pag.* 539.

32. Non tamen apud nos publica detentio seu rerum aut personarum arrestatio, ut loquuntur, arrestanti tribuit in jus hypothecæ aut prælationis, ut latius dictum *tit. de in jus vocando num.* 64. Nec recognitio chirographi facta in judicio; licet alibi contrarium servetur, ut notat Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 20. *n. ult.* Ant. Faber *de error. pragmat. decad.* 1. *err.* 1. *n.* 17. *& seqq.* Nec judicis sententia ei, cui debitor jam condemnatus est, quamdiu pignora judicati exsequendi causa capta non sunt, *l. in judicati* 61. *ff. de re judicata*, captis pignoribus, is potior est, qui prius ea capi & excussionem fieri curavit, secundum regulam, qua prior tempore potior jure est; si modo recte, & non vitiose fecerit, Ant. Faber *C. lib.* 7. *tit.* 20. *defin.* 5. *& lib.* 8. *tit.* 8. *defin.* 2. *&* 11. Peckius *de jure sistendi cap.* 40. *n.* 3. 4. Respons Jurisc. Holland. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 139. In Hollandia tamen non ex inchoata ante alios sententiæ executione, sed demum ex quo illa ad finem perducta & solutio obtenta fuit, prælationem habere locum, adeoque alios, pendente executione per alium jam inchoata supervenientes, concurrere cum eo debere in captis pignoribus, tradit Groenewegen ad *l.* 10. *ff. qui pot. in pign.* Leeuwegen *cen. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 9. *ult. & cap.* 11. *num.* 1. Ex adverso, victori etiam ante capta pignora privilegium prælationis inter chirographarios statuta quædam tribuere, & si debitoris judicio conventi bona arresto detenta sint, in ea protinus ex lata sententia pignoris jus nasci creditori victori, docet Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 20. *num.* 11. *et* 17. Wassenaar *pract. jud. cap.* 22. *num.* 65. *in med. et num.* 76. Quæ tamen, si non statutis aperte cauta inveniantur, aut inveterato fori usu probata, admittenda non videntur; cum pignori capta judicati exsequendi causa intelligi nequeant, quæ tantum jurisdictionis fundandæ aut ad summum rei servandæ gratia actor publica fecit sisti auctoritate, & in quæ nulla executio dirigi potest, nisi elapsis illis dilationibus, sive longioribus sive brevioribus, quæ condemnatis lege vel more concessæ sunt.

33. Similiter nec dominis rei furto ablatæ, quæ non apparet, & ideo vindicari nequit, legalis hypotheca moribus data est pro æstimationis recuperatione in bonis furis aut raptoris; uti nec in rebus ex pecunia furtiva per furem comparatis; adeo ut ne privilegium quidem inter chirographarios ei tribuendum videatur, de quo latius *tit. qui pot. in pign. n.* 37. Et quamvis in ipsis rebus societatis socii reliqui potiores sint, ubi sociorum unus foro cessit, qui jam totam suam partem, quæ jure societatis ei competebat, quacunque fuerat ratione consecutus, per rationes expositas *tit. pro socio n.* 22. in reliquis tamen socii illius bonis neque jus taciti pignoris, neque ullam inter chirographarios prælationem habent pro consequendis iis, quæ socius foro cedens supra suam partem exegerat nec communicaverat, & ita cœperat societati debere; cum neque hypotheca neque personale privilegium uspiam iis in jure datum sit, neque ulla prælationis ratio ex societatis natura possit derivari. Esto enim, quod societas sit quoddam jus confraternitatis, non tamen inde prælationem deduxeris; cum nec veris fratribus, nec parentibus, liberisve creditoribus, ex sanguinis propinquitate jus ullum prælationis in bonis proximorum tributum sit Vide Ant. Matthæum *de auct. l.* 1. *cap.* 19. *n.* 59. Denique nec ille hypothecam aut prælationem in fundo habet, cui reditus annuus, ex certo fundo præstandus, divenditus est, si non specialiter, & hodiernis moribus solemniter coram lege loci, fundus pro tali annua præstatione devinctus sit, arg. *l. ult. §. Lucius Titius* 1. *ff. de contrab. emt. l. quidam testamen.o* 96. *pr. ff. de legatis* 1. *Paulus Callinico* 27. *§. ult. ff. de legatis* 3. Jacob. Thomingius *decis.* 17. *num.* 11. Brunnemannus *ad d. l. ult. §. ult. de contrab. emt.* Dissent. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12 *defin.* 8.

34. Ceterum in quæstione, utrum legalis hypotheca alicui competat, nec ne; in mobilibus quidem spectanda lex loci, in quo debitor, de cujus bonis hypotheca afficiendis quæritur, domicilium solvet, cum illic mobilia ejus, ubicunque reperta, existere intelligantur, ut dixi *tit. de constit. Princip. parte altera, de statutis num.* 11. at immobilibus spectanda magis lex loci, in quo immobilia quæque debitoris bona sita sunt; cum certum sit, lege unius loci jus reale in alterius loci immobilia situm non mutantis, non posse constitui. Quæ prolixius discussa vide apud Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *cap.* 21. *n.* 35. *& seqq.* Rodenburch *de jure conjugum tract. prælim. de statutor. diversitat. tit.* 2. *cap.* 5. *n.* 16. *pag.* 90. *& seqq.* Carpzovium *defin. for. part.* 1. *const.* 28. *defin.* 9. Paulum Voet *de statut. sect.* 9. *cap.* 2. *n.* 8.

TITULUS III.

Quæ res Pignori vel Hypothecæ datæ obligari non possint.

SUMMARIA.

1. *Quæ res pignori dari possint? Ubi de rebus extra commercium, & de iis, quæ sunt in commercio mobilibus, immobilibus, nominibus, instrumentis emtionalibus, militia, servitutibus, jure pignoris, emphyteusi, agris adscriptitiorum, feudis tum olim tum hodie pignori obligandis.*
2. *An res litigiosa, arresto jam tenta, arma militum, spes præmiorum athletis constitutorum? An bona pupilli sine decreto? An boves, aratores & instrumenta aratoria?*
3. *Non res aliena. An, & quo usque res communis obligari possit, ac post divisionem obligata maneat, sive privato sive fisco obligata sit?*
4. *Recensentur casus, quibus subsistit pignus alienæ rei. Convalescit utiliter, si is, qui pignori dedit, dominium acquisiverit, licet creditor sciverit, rem alienam fuisse. Quid juris, si diversis temporibus res eadem pluribus a non domino obligata sit, & is postea dominus fiat? Si nunquam res aliena oppignorata acquiratur obliganti, quale jus creditor habeat?*
5. *An convalescat pignus, si testator obligaverit rem Titii, & is postea testatoris bonos exstiterit?*

6. *Quo usque nostris moribus convalescat pignus rei alienæ, ubi postea per obligantem dominium acquisitum est; tum in immobilibus, tum in mobilibus?*

7. *Recensentur casus, quibus velut pignus alienæ rei, licet dominus non consentiat, nec obligans dominium acquirat, ubi de procuratore rem domini, administratore reipublicæ rem reipublicæ obligante; domino dominium suum callide dissimulante; cum alius obligaret; item ex moribus de eo, qui rem alienam mensæ fœnebri obligavit; de marito rem uxoris, vidua dimidiam partem feudi, stante matrimonio & communione inter conjuges emti obligante. Quid juris, si quis rem sibi commodatam, locatam, apud se depositam pignori obliget?*

1. CIrca res pignori obligandas regulam Gajus tradidit in *l. sed & quod* 9. §. 1. *ff. de pignorib. & hypothecis*, cum ait, *id, quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere posse*. Cui respondet regula Marciani contraria, *eam rem, quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipi ab eo non posse*, *l.* 1. §. *ult. ff. h. t.* Unde nec sacræ nec religiosæ res recte pignori obligantur, *l. si monumento* 3. *C. h. t. l. sancimus* 21. *C. de sacrosanct. Eccles.* nec liber homo; cum ob æs alienum liberos homines servire creditoribus compelli, inhumanum sit; pœnis in eos constitutis, qui filiumfamilias a parente scienter pignori acceperint, *l. ult. ff. h. t. l. qui filios* 6. *C. h. t. ob æs alienum* 12. *& auth. imo C. de oblig. & action.* Adeo ut & aliena pecunia redemtus ab hostibus redemtori pro lucro non vere, sed *velut* naturalis pignoris jure & *vinculo quodam* dicatur teneri, *l. qui testamento* 20. §. 1. *ff. qui testam. fac. poss. l. ab hostibus* 2. *C. de postliminio reversis.* De cetero pignori dari possunt res mobiles & immobiles, corporales & incorporales, veluti nomina & actiones, sic ut creditor, cui nomen obligatum est, utiles actiones habeat, *l. si convenerit* 18. *ff. de pignorat. act. l. nomen* 4. *C. h. t. l. cum convenit* 20. *ff. de pign. & hypoth.* adde *tit.* 1. *num.* 17. instrumenta emtionalia, quibus obligatis ipsæ res iis comprehensæ obligatæ censentur, *l. cum tenetes* 2. *C. h. t.* arg. *l.* 1. *C. de donation.* militia venalis; *novell.* 97. *cap. quia vero* 4. (Cujacius *ad novell.* 53. *part.* 4.) jus emphyteusios aut superficiei, *l. etiam superficies* 15. *ff. qui pot. in pignore*, *l. tutor* 16. §. *ult. ff. de pignorat. act. l. grege* 13. §. *& in superficiariis* 3. *l. lex vectigali* 31. *ff. de pignor. & hypoth.* jus ipsum pignoris, dum creditor pignus pignori dat. *tit. C. si pignus pignori datum sit*, jus ususfructus sive constituti sive constituendi, *l. si is, qui* 11. §. *ususfructus* 2. *ff. de pignor. & hypoth.* Castillo Sotomaj. *de usufructu cap.* 70. Bachovius *de pignorib. lib.* 2. *cap.* 6. servitutes prædiales, secundum distinctiones traditas *in tit. communia prædiorum num.* 8. Et quamvis feuda secundum scriptas fundorum consuetudines sine domini directi consensu non potuerint pignori vel hypothecæ obligari *lib.* 2. *feud. tit.* 55. ac hoc jus in feudis rectis etiamnum duret, ac in agris adscriptitiorum quoque, quasi feudis quibusdam, pignus sine domini consensu constitui non posse, testetur Fredericus a Sande *de Feudi Gelria tract. præliminari cap.* 1. *num.* 4. Lam. Goris *adversar. tract.* 3. *part.* 1. *cap.* 13. *num.* 14. *vers.* 3. tamen in nostratibus feudis hereditariis (*Onversterfelyke Erf. Leenen*) consensus domini necessarius non est; si modo oppignoratio solemniter apud Curiam feudalem facta sit, secundum ea quæ *tit.* 1. *n.* 9. dicta.

2. Non tamen recte pignori obligatur res litigiosa, nisi quatenus & vendi posset, pignore saltem nihil operaturo in præjudicium illius, qui de ea litem movet, *l.* 1. §. 2. *ff. h. t.* Longe minus res, quæ in executione jam publica auctoritate sequestrata est; vel etiam arresto tenta cum interdicto de non alienando. Radelantius *Curiæ Ultraject. decis.* 15. & 27. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 85. nec arma militum, arg. *l. qui commeatus* 14. §. 1. *ff. de re milit. uri. Krygs Ordonnantie van de Grave van Lycester* 14. *Feb.* 1586. *art.* 21. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 165. *Militaeren Artikel Brief* 13. *Aug.* 1590. *art.* 71. 72. *d. vol.* 2. *pag.* 173. *Artikel-Brief ter Zee* 27 *April.* 1629. *art.* 63. *d. vol.* 2. *pag.* 196. Nec spes præmiorum athletis constitutorum, *l. spem eorum* 5. *C. h. t.* licet ipsa præmia jam obtenta judicati exsequendi causa pignori capi possint, *l. commodis* 40. *ff. de re judicata*, quod & de militum ac sacerdotum stipendiis, nonnullis placet, arg. *l. stipendia* 4. *C. de executione rei judicatæ.* Cujacius *ad novell.* 53. *par.* 4. Wassenaar *pract. judic. cap.* 22. *n.* 34. Nec bona pupilli sine decreto, *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt sine decreto non alienand.* nisi mobilia sint, & nummi, pro quibus obligata, in rem pupilli re ipsa versi; secus si eos in utilitatem tutoris versos appareat, *l. tutor, lege* 16. *ff. de pignorat. act.* junct. *l. pen. C. si res aliena pign. data sit.* Nec boves aratores aut villici aut instrumenta ad culturam agri pertinentia, *l. executores* 7. *l.* 8. *& auth. agricultores C. h. t.* quæ tamen in subsidium, deficientibus aliis, judicati exequendi gratia potuisse capi, probabile est, Ant. Faber *Cod. libr.* 8. *tit.* 6. *defin.* 16. Groenewegen *ad l.* 7. *C. h. t.* quod & nominatim a Zelandis cautum, *Instructie voor de Deurwaarders van Zeelant* 29. *Junii* 1607. *art.* 19. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1134. Quemadmodum etiam nihil vetat, hæc omnia per colonum domino locatori prædii rustici pro pensionibus obligari expressa conventione, cum ita minor subsit metus agriculturam desertum iri, arg. *l. certi juris est* 5. *C. de locato.* Quin & cum prædiis ipsis obligatis aratoria quoque instrumenta, velut accessiones, pignori recte obligata fuisse, paret ex *l. debitor pactus* 32. *ff. de pignor. & hypoth.* Denique nostris & aliorum moribus hæc, æque ac res alias quascumque, pignoris vinculum admittere, tradit Gothofredus *ad d. l.* 7. *C. h. t.* Leewen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 7. *n. ult.*

3. Rem alienam quod attinet, ea invito domino obligari nequit, *l. quæ prædium* 6. *C. si aliena res pign. data sit*, arg. *l. & quæ nondum* 15. §. *quod dicitur* 1. *ff. de pignor. & hypoth.* In quo pignus a venditione distat, cum & aliena res vendi possit, *l. rem alienam* 28. *ff. de contrah. emt.* Etsi enim id quod venditionem recipit, quia in commercio est, etiam pignorationem recipere possit, *d. l.* 9. §. 1. *de pign. & hypoth.* junct. *l.* 1. §. 2. *ff. h. t.* non tamen ab omni eo, qui rem vendere potest, etiam jure oppignoratur. Nam cum ex pignoris aut hypothecæ constitutione creditori nasci debuerit jus pignoris adeoque jus in re, necesse fuit, ut jus in re haberet, qui jus pignoris alteri constituere vult: at venditor emtori nul-

lum constituit jus in re, sed tantum ex contractu venditionis suam personam ad rem tradendam obligat; ad quod non opus est, ut ullo jure in re munitus sit. Proinde, si quis rem sibi cum alio communem pignori obligaverit creditori suo, ea sola pars, quæ debitoris est, obligata intelligitur, *l. unic. C. si communis res pignoris data sit*, *l. creditor* 3. §. *ult. ff. qui pot. in pignore*, sive privato, sive ipsi fisco obligata sit res, quæ debitori cum extraneo communis erat: nam etsi fisco datum sit jure singulari, ut rem sibi cum alio communem distrahere in solidum possit, adeoque cum sua etiam socii partem, *l.* 2. *C. de commun. rerum alienat. l. unic. C. de vendit. rerum fiscal.* quin & vendere pignus, quod antiquiori creditori nexum erat, & ex cujus pretio nihil fisco cedere debebat, nisi post dimissum illum creditorem tempore anteriorem, *l. res, quæ in* 22. §. *res autem* 1. *ff. de jure fisci*, hæc tamen ad rem debitori fiscali cum aliis communem ac fisco obligatam porrigenda non sunt, nec fisco quicquam amplius præter eam partem, quæ ad debitorem pertinet, distrahere permittendum; tum quia privilegia strictam recipiunt interpretationem, ac ne ad similia quidem, longeque minus ad disparata, trahi debent; tum quia fiscus non plus potest, quam is in cujus locum succedit, & a quo jus habet, ac proinde, uti debitor non nisi suam potuisset partem distrahere, ita nec fiscus, quippe qui in jus privati succedens privati jure utitur, *l. fiscus, cum* 6. *ff. de jure fisci*. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 25. Interim in rerum communium obligatione Romanis placuit, creditori in tota re pro parte indivisa pignus competere, usque adeo, ut ne per divisionem quidem inter socios factam ea sola pars, quæ debitori cessit, obligetur, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia devincta maneat, *l. si consensit* 7. §. *ult. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* arg. *l. is, qui fundum* 31. *ff. de usu & usufr. legato*, *l. rem hereditariam* 65. *ff. de evictiom.* imo etiam post rei totius adjudicationem, uti socio factam, nihilominus in re tota pro parte dimidia indivisa pignus perduret, *l. si quis putans* 6. §. *si fundus* 8. *ff. communi divid.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 23. *defin.* 31. *n.* 6 & 7. etsi contra judicatum commemoret Annæus Robertus *rerum judicat. libr.* 3. *cap.* 19.

4. Plane domino consentiente aut ratum habente quin jus pignoris constitui a non domino possit, dubium non est, *l. aliena res* 20. *ff. de pignorat. act.* sive expressus sive tacitus domini consensus intercedat, secundum ea quæ *tit.* 7. *num.* 1. dicta sunt. Sed & sub conditione res aliena utiliter obligatur, si debitoris facta fuerit, *l. si fundus* 16. §. *aliena res* 7. *ff. de pignor. & hypoth.* qualis etiam conditio subauditur, si quis alteri obliget rem necdum suam sed sibi debitam; quam ab eo, ad quem dominium perventurum est, obligari posse, palam est ex *l. creditor* 3. §. *cum ex causa* 1. *ff. qui pot. in pign. l.* 1. *ff. de pignor. et hypoth.* sicut & fructus nascituri obligantur ita, ut utilis actio regulariter ad eorum persecutionem detur, *l.* 1. §. *cum prædium* 2. *ff. de pign. et hypoth.* Quid, quod etiam ex post facto convalescere possit pignus alienæ rei sine ulla conditione pignori datæ, ut utilis saltem actio competat; puta si is, qui pignori obligavit, acquirat deinceps dominium rei, *l. cum res* 5. *C. si alien. res pignorat. sit*, *l. rem alienam* 41. *ff. de pignorat. act.* sive vero rei domino heres extiterit, *item si filiusfam.* 7. §. *sed et si filiusfam.* 2. *ff. ad Senatusc. Macedon.* sive ex particulari titulo dominus rei effectus sit. Nec interest, sciverit creditor tempore obligationis, an ignoraverit, rem alienam esse, si modo postea vere dominium obliganti quæsitum sit, cum confirmato jure stantis etiam jus accipientis confirmetur, arg. *l. cum vir* 42. *ff. de usurpat. et usucap. l. pen. ff. de fundo dotal.* Nam etsi *difficilius* creditori, qui non ignorabat alienam, utilis actio detur secundum Papinianum, sed facilior possidenti retentio sit, *l.* 1. *pr. ff. de pignor.* & *hypoth.* tamen & ea, quæ *difficilius*, ac *vix* dantur, conceduntur, permittuntur, adhuc dari ac permitti, patet, *l.* 1. §. *deinde* 9. *in fine*, *et* §. 10. *ff. de postulando*, arg. *l. nonnunquam* 8. *in fine ff. de collation.* junct. *l. ult. C. de repudianda heredit.* & arg. §. *item is* 2. *Instit. de usu et habitat.* in verbo *vix* junct. *l. cui usus* 2. §. 1. *l. plenum autem* 12. §. 1. *in med. ff. de usu et habitat.* & arg. *l. vix certis* 53. *ff. de judiciis.* Errant sane, qui *difficilius* in *d. l.* 1. *ff. de pign. et hypoth.* interpretantur, per *non* seu, *nullo modo*, adducta in finem, *d. l.* §. *ff. de collation.* & *l. venditi actio* 6. *C. de action. emti*, *d. l.* 1. §. 9. *ff. de postulando.* Etenim, quamvis in *d. l.* 6 rescriptum sit, venditi actionem *non facile* ad rescindendam venditionem dari; si non ab initio aliter convenerit, tamen & citra conventionem talem dari aliquando emti venditi actionem ad resolvendam venditionem, patet ex *l. ex emto* 11. §. *si quis virginem* 5. *ff. de act. emti.* Et quod attinet *d. l.* 8. *ff. de colllation.* quæritur illic, an filius emancipatus, qui de conferendo cavere noluit, sed postea mutato consilio cautionem offert, audiendus sit? & ait Papinianus, quosdam putasse eum audiendum esse, quia nonnumquam prætor variantem non repellit, & consilium mutantis non aspernatur; & quamvis responderi posset, videri eum possessionem repudiasse, qui formam possessionis conservare noluit; benigniorem tamen esse diversam sententiam, maxime, cum de bonis parentis inter fratres disputetur. Subjungens tamen, se existimare, filium talem *facilius* admittendum esse, si intra tempus delatæ possessionis cautionem offerat: nam post annum, quam delata esset bonorum possessio, voluntariam moram cautionis admittere, *difficilius esse*. Est nempe *difficilius*, quatenus non tanta benignitatis ratio in hoc militare videatur, qui ultra annum voluntariam moram cautionis produxit; sed cum modi, quibus quis ad cautionem interponendam compelli solet, conquiescant, ubi id, quod præstandum erat, offertur, atque ita oblata cautione legatorum vel damni infecti nomine, aliave simili, ob quam ab initio denegatam missio in possessionem facta fuerat, is, qui missus erat, de possessione jubetur decidere, *l. si pecuniæ* 6. §. 1. *ff. ut in possess. legat. etc. esse liceat*, *l. si Legatarii* 11. *ff. ut legat. seu fideic. etc. cav.* junct. *l. is cui* 5. *pr. ff. ut in possess. leg. etc. esse liceat*, ac fructuario, cui cavere nolenti hereditariæ denegatæ fuerant actiones, eædem permittantur, ubi cavere paratus est *l. si cujus* 13. *pr. ff. de usufr. et quemad. quis utat.* nulla ratio est, cur non eodem modo frater post annum morator respectu cautionis, admittatur adhuc ad cautionis oblationem, si legitime intra annum agnoverit ipsam bonorum possessionem; prout & generaliter absque ulla temporis distinctione, Ulpianus

scripsit, *si per contumaciam*, (id est propter contumaciam cavere detrectantis) *actiones* (hereditariæ scilicet) *denegatæ sunt, oblata cautione recipi pristinum jus*, *l.* 1. §. *si frater* 10. *ff. de collation.* licet verum sit, minus benignitatem juris mereri eum, qui diutius, quam qui breviore tempore in contumaci cautionis præstandæ detractatione perseveravit; adeoque illum quidem difficilius, hunc facilius, sed tamen utrumque adhuc audiendum esse, dum prætor variantem non repellit, & consilium mutantis non aspernatur, ut habet principium *d. l.* 8. §. *de collation.* Denique etiam cum in *d. t.* 1. §. 9. *ff. de postulando* dicitur *difficile* impetranda restitutio, non omnem restitutionis impetrationem excludi, sed a principe concedi posse, licet non tam facile concedatur, manifestum est ex *tot. tit. ff. de sententiam passis et restitutis*, ubi in metallum damnati, & ita servi pœnæ facti, & deportati, adeoque capitalis judicii damnati, proponuntur restituti. Porro, sicut in superioribus, ita & in nostro casu rei alienæ pignori datæ dicendum, *difficilius* quidem creditori, qui non ignoravit alienum, utilem actionem dari, sed *faciliorem* esse possidenti retentionem, *d. l.* 1. *pr. ff. de pign. et hypoth.* nec tamen ideo actione eum utili totum destitui, quatenus non quidem adversus omnes, sed tamen contra ipsum debitorem, qui obligavit, jam dominum factum, & adversus eos, qui a debitore illo, jam domino effecto, causam seu rem illam habent, ab eoque tanquam auctore defendi debent, quoties ipsis ea de re lis moveatur, actionem habet: quia qui ita oppignoravit, suum utique factum præstare debet, ne ex suo mendacio arguatur: & ideo quoque improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur, ut argumentatur Paulus Jurisc. in *l. rem alienam* 41. *in fine ff. de pignorat. act.* ita post alios Meyerus *Coll. Arg. h. t. n.* 2. Parum faciente eo, quod creditor scienter accipiens pignori rem alienam, non debeat ex improbitate sua actionem consequi, *arg. l. itaque falso* 12. §. *sed furti* 1. *ff. de furtis*, *l. non fraudantur* 134. §. 1. *ff. de reg. jur.* cum id de actionibus pœnalibus, ex quibus lucrum captatur, verum sit, non item de rei persecutoriis, quas & furi ac prædoni rerum furtivarum intuitu competere, patet ex *l. commodare* 15. *l.* 16. *ff. commodati.* Nec hisce obest *l. qui balneum* 9. §. *ult. ff. qui potiores in pign.* Quippe cui legi ut sua constet ratio, & Jurisconsulti ipsius ratiocinium, necesse fuerit, eam accipi de casu, quo mulier Titio prædium alienum pignori dedit, post Mævio, sed non simpliciter Mævio, verum sub conditione, si prædium illud desierit Titio teneri; juxta conventionem, quæ proposita est in *l. creditor* 12. §. *a Titio* 8. *ff. qui potiores in pignore*, quod & Glossa voluit *ad d. l.* 9. §. *ult.* Nam si postea Mævio simpliciter idem prædium a muliere necdum domina devinctum fuisset, ratio nulla reddi potest, cur non æque Mævio ac Titio protinus ab acquisito per mulierem dominio jus pignoris firmatum esset; ita tamen ut prior Titius potior esse debeat, si forte pignus utrique non sufficeretur, *l. si non dominus* 14. *ff. qui pot. in pign.* Ut enim tunc, cum verus dominus diversis temporibus eandem rem duobus pignori dat, non dissimulato apud posteriorem nexu priore, utrique jus pignoris statim nascitur, licet prior tempore potior jure sit, *l. creditor* 12. *si simpliciter* 7. *ff. qui pot. in pign.* ita quoque protinus a tempore acquisiti dominii in re per non dominum duobus oppignorata convalescit utrique pignoris jus, sed salva inter eos temporis ratione: quod jus semel utrique quæsitum sive fortius sive debilius, non potuit deinceps adimi per factam a muliere in dotem dationem. Cui difficultati cum neque Cujacius satisfecerit *tract.* 8. *ad Africanum ad d.* 9. §. *ult.* neque Bachovius *tractat. de pignoribus ult.* 2. *cap.* 4. *num.* 7. standum magis erit opinioni glossatoris terminos habiles legi secundum ante dicta concipientis. Sane, si ei, qui rem alienam pignori dedit, postea acquisitum non sit dominium, creditorem, qui bona fide ab eo, quem dominum esse putabat, cum non esset, sed tamen ejus conditionis ut Publiciana uti potuerit, sic Prætor tuetur per Servianam adversus alios jure debiliori munitos, quemadmodum debitorem per Publicianam, *l. si ab eo* 18. *ff. de pignoribus et hypoth. l. si non dominus* 14. *ff. qui pot. in pignore.* Adde *tit. de Publiciana act. num.* 6. *post med.* & præcipue *tit. qui pot. in pign. n.* 31.

5. Quod si testator obligaverit rem Titii, qui postea testatori successit, an & hac ratione pignus utiliter convalescat, incertum est, cum id Modestinus affirmare videatur in *l. si Titio* 22. *ff. de pignorib. & hypoth.* Paulus vero negare, in *l. rem alienam* 41. *ff. de pignorat. act.* Sunt qui distinctione inter æquitatem & strictum jus dissidium hoc tolli posse putant; accipientes *d. l.* 41. de juris rigore; de æquitate vero *d. l.* 22. Sed sine fundamento, cum in *d. l.* 41. non de rigore juris, sed tantum de æquitate quæsito concepta fuerit, an scilicet utilis actio pignoratitia creditori detur, secundum verba prima *d. legis* 41. & hoc ipsum negetur. Aliis placuit, ipsum quidem pignus directo non convalescere eo casu, sed tamen utilem pignoratitiam contrariam creditori dari adversus heredem debitoris qui dominus rei est, ad id quod interest rem alienam a defuncto pignori datam esse, juxta *l. si rem alienam* 9. *pr.* & *l. cum debitore* 32. *ff. de pignor. actione.* Sed nec hac ratione difficultas sublata est, dum eandem *utilem* pignoratitiam, quam Modestinus dedit in *d. l.* 44. quamque Paulus in *d. l.* 41. etiam dandam censuit in casu, quo res aliena pignori data erat, cujus dominium postea ad debitorem pervenerat, idem tamen Paulus negat, si Titius cujus res per debitorem pignori data erat, debitori heres factus sit. Ne dicam, pignoratitiæ actioni ad id quod interest non modo locum fore contra heredem debitoris rem alienam obligantis, si verus rei dominus debitori heres sit, sed & si quilibet alius; eodem modo, quo debitor ipse vivus ob datam rem alienam ad id quod interest fuisset damnandus. Nec est, quod regeras, hereditatem, si rei dominus sit, actione pignoratitia contraria ad id compelli, ut sua conventione pignus confirmet, quia heres præstare debet factum defuncti. Etenim, etsi adeundo se obliget, ut præstet defuncti factum, non tamen etiam, ut nova conventione, contractu novo firmet illud, quod a defuncto non recte atque ordine factum est. Quæ cum ita sint, magis est, ut inspiciamus, utrum testator rem Titii, qui postea testatori heres existit, obligaverit simpliciter ignorante eo, an vero invito eo & prohibente: ut, si quidem eo ignorante id factum sit, utiliter saltem pignus convalescat; convenienter *d. legi* 22. quæ expresse meminit *domini ignorantis*: sin eo invito & prohibente, ne utiliter quidem pignus ex post

facto sustineatur, idque secundum *d. l.* 41. in qua nulla *ignorantis* mentio est, sed ejus, qui rem Titii, postea succedentis, obligaverat *sine Titii voluntate*, adeoque intelligens satis, se id invito domino facere, eumque, si intellexisset, non promissurum, uti in materia furti Imperator loquitur, §. *placuit* 7. *Instit. de obligat. quæ ex delicto*.

6. Nostris tamen moribus non per omnia servantur ea, quæ de rei alienæ pignore per acquisitum postea a debitore dominium convalescente, dicta sunt; sed in solis mobilibus alienis pignori datis locum habent. Nam si quis immobilia aliena, utcunque sibi jam debita, veluti jam sibi vendita sed necdum tradita, solemniter coram lege loci specialiter pignori obligaverit tanquam sua, ac post eorum acquisiverit dominium, non aliter ea pignoris vinculo tenebuntur creditori, quam quatenus sub clausula generalis hypothecæ futura quoque continentur, ac ita generaliter creditori incipiunt obligata esse. Cui consequens est, ut, si debitor post acquisitum dominium eandem rem immobilem rursus alteri coram lege loci specialiter obligaverit, posterior creditor hac speciali munitus hypotheca potior futurus sit in Hollandia ac locis aliis, ubi generalis anterior postponitur speciali posteriori; uti & judicatum refert auctor appendicis decisionum *post respons. Jurisc. Holl. par.* 3. *vol.* 1. *pag.* 21. *in med.*

7. Restant enarrandi casus nonnulli, quibus tum jure Romano tum nostris moribus effectum sortitur pignus in re aliena constitutum, etsi neque consensus domini accesserit, neque obliganti postea dominium quæratur. Si enim procurator sine domini voluntate rem pignori dederit, licet frustra dedisse videatur, tamen, si pecuniam creditoris in rem domini versam constabit, non inutilis erit exceptio quod numeratum est exsolvi desideranti, *l.* 1. *C. si aliena res pignori data sit*. Præterea, qui bona reipublicæ jure administrat, mutuam pecuniam pro ea accipiens rem ejus obligare potest, *l. si is, qui* 11. *ff. de pignor. & hypoth.* illis scilicet in casibus, quibus & civitatem jure potuit obligare, arg. *l. civitas* 27. *ff. de reb. creditis*. Adde *tit. de reb. cred. n.* 11. Sed &, si domino rei sciente ac callide dissimulante, res ejus a non domino obligata fuerit creditori ignoranti, pignus tenet in pœnam fraudis, qua creditoris ignorantiam circumscripsit, *l. si probaveris* 2. *C. si aliena res pign. data*, *l. mulier* 11. *C. de distract. pignorum*. Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 6. *defin.* 6. Schwartseuthaler *de pignoribus cap.* 37. *num.* 9. Nostris quoque moribus id datum ex privilegio illis, qui mensam fœnebrem exercent, quod res alienas sibi pignori obligatas veris dominis supervenientibus, ac res suas persequentibus, restituere non compellantur, nisi receptis nummis a se bona fide numeratis, Groenewegen *ad rubric. Cod. si aliena res pign. data sit*. Adhæc licet maritus jure civili fundum dotalem ne consentiente quidem uxore obligare potuerit, *pr. Instit. quib. alien. licet vel non*, nunc tamen jure maritalis potestatis uti rem mulieris invita ea alienare, ita & obligare apud nos potest, etiamsi inter conjuges statutaria bonorum omnium communio exclusa sit. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 151. Confer Neostadium *de pactis antenupt. observ.* 16. *in notis*. Denique & mulier vidua saltem dimidiam feudi stante matrimonio emti, & jure communionis uxori quæsiti, recte obligat; etsi feudum ipsum, velut individuum quid, in universum penes maritum aut ejus heredes remaneat, dimidiata pretii parte uxori refusa; in quantum scilicet mulieris creditor in parte illa pretii necdum soluta, sed adhuc solvenda, ceteris mulieris istius creditoribus potior futurus est. Licet enim vulgo pretium pignoris non succedat in pignoris locum, nec pignori esse intelligatur, ut dictum *tit.* 1. *num.* 5. id tamen de pretio jam numerato tantum verum est, sed in numerando adhuc individuæ rei pretio quod ex judicio familiæ erciscundæ vel communi dividundo sociorum alteri obventurum est, contra dicendum videtur, si ea rei communiter emtæ natura sit, ut res uni, alteri pretium pro rata cedere debeat, uti id in feudis nostratibus hereditariis stante matrimonio coemtis receptum est; quasi ea, quæ pretio contenta esse tenetur, non tam rem quam jus suum pro pretio rei consequendo videretur devinxisse. Respons. Jurisc. Holl. *par.* 4. *vol.* 2. *consil.* 98. Quod si extra causam pignorum mensæ fœnebri obligatorum privatus quispiam rem sibi commodatam locatamve, apud se depositam, tanquam suam pignori obliget, in Hollandia pignus regulariter non tenere, judicatum refert Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 7. *n.* 15. 16. 17. refutans Groenewegium dissentientem. Adde statutum Leydense *art.* 140. Sane, quibus in locis alienatio rei per commodatarium depositarium aliosque sine domini voluntate facta impedit ipsi domino alienatæ rei vindicationem, ibi & oppignoratæ repetitionem domino denegandam esse, verius est; nisi dominus pignus luat, secundum ea, quæ plenius a me tradita *tit. de rei vindicatione n.* 12.

TITULUS IV.

Qui potiores in Pignore vel Hypotheca habeantur, & de his, qui in priorum creditorum locum succedunt.

SUMMARIA.

1. *Quid sit actio Serviana & quasi Serviana, seu hypothecaria? An, & quando detur, si pro debito conditionali pignus pure, aut vice versa, aut pro debito conditionali sub alia conditione pignus obligatum sit?*
2. *Datur contra quosvis bona vel mala fidei possessores. An & contra eum, qui cum debitore litigavit de proprietate ac victor evasit? Per distinctionem inter pignus in specie & hypothecam explicatur.*
3. *Jure novo tertius possessor conveniri nequit, nisi excusso debitore & fidejussoribus ejus. An id obtineat, si quis sciens pignus emat, vel post litem debitori de pignore motam, vel res non generaliter sed specialiter obligata sit? Nostris moribus reductum in immobilibus jus antiquum & electio. Si prædibus cautum, prius pignora excutienda, dein fidejussores. Ultrajecti & in Flandria prius pignora immobilia penes tertium existentia excutienda, antequam debitor personali actione conveniatur. Quid juris, si mobilia pignora a tertio possideantur?*
4. *Cum res plures pro uno debito obligatæ sunt, vel res una, sed postea inter plures coheredes divisa, vel um: ad judicata, creditor res singulas & singulas partes,*

a quocumque possessas, pro solido debito potest excutere, nec cogi potest, ut dividat actionem.

5. *Si unus ex pluribus heredibus solidum solverit debitum hypothecarium, quibus actionibus ei contra coheredes consultum sit? An & tertiis tum justis tum non justis pignorum possessoribus actiones cedi debeant per creditores adversus ceteros possessores rerum aut partium pro eodem debito obligatarum, si hypothecaria conventi solidum debitum solvere parati sint?*

6. *Qui hypothecaria conventus solidum solvit, non solidum sed pro rata a reliquis aliorum pignorum possessionibus repetit. Si pignus iterato alienatum sit, hodie primus emtor ex æquo conveniri potest de pretio, quod ipse rursus ex venditione redegit, si constet, ultimum possessorem de evictione actionem adversus eum habiturum.*

7. *In quo intersit, utrum creditor hypothecario agat contra debitorem, an vero contra tertios possessores?*

8. *Si res eadem pluribus eodem tempore per partes vel in solidum obligatus sit, quo modo singuli agere possint tam contra tertios quam inter se, tum jure Romano tum moribus?*

9. *Quamdiu olim, & jure novo Justinianeo duraverit actio hypothecaria? An usucapione rei pignoratæ jus pignoris evanuerit? & quid nunc apud nos obtineat?*

10. *De judicio concursus & prælationis inter creditores. An, & quando pendente vel jam finito concursus judicio creditores alii supervenientes adhuc audiendi sint? an tunc per eos, qui jure debitori gaudent, cum sorte accepta etiam medii temporis usuræ reddendæ sint?*

11. *An pecunia ex pignorum venditione redacta pendente judicio concursus fœnori collocari possit in usum creditorum? Quibus creditoribus ante finitum hoc judicium solvi possit? Quo modo cogi possint graphiarii & similes ad nummos secundum sententiam prælationis distribuendos?*

12. *Quo in loco judicium concursus & prælationis agitandum sit?*

13. *Omnibus creditoribus anteponuntur domini habentes rerum suarum vindicationem, quales plurimi recensentur. Quid si quis aurifabro, sartori &c. aurum dederit, ut inde vasa, vel pannum, ut inde vestis fieret? An si res nostra culpa vel dolo commodatarii, conductoris & similium perierint, privilegium nobis inter chirographarios pro æstimatione competat? An rei furto subductæ dominus pro rei æstimatione privilegium habeat in bonis furtivis, vel rei furtivæ venditæ pretio adhuc debito, vel rebus ex pecunia furtiva emtis?*

14. *De his qui apud mensam publicam nummos deposuerunt, an in bonis mensulariorum foro cedentium prælationem habeant? An & hi qui hodie pecuniam in graphejo deposuerunt, si graphiarius eam in suos usus converterit, ac solvendo non sit?*

15. *An, & quando prælationem habeant, quando ex adverso ne concurrant quidem in pretio domini, qui res suas, pro alieno debito per errorem subhastatas, vendi passi sunt, nec se opposuerunt, per distinctiones explicatur.*

16. *Hypothecarii creditores præferuntur chirographariis; nisi quis in venditionem ac proscriptionem rerum debitoris & similia iis annexa, vel in inventari. confectionem vel in funus defuncti crediderit. Quid juris, si sint hypothecarii privilegiati & non privilegiati, magis & minus privilegiati, æque privilegiati?*

17. *Plerumque illos, qui specialem in re singulari hypothecam habent cum privilegio, potiores esse illis, quibus in omnia bona jus hypothecæ datum est. Et quo ordine materia prælationis commodissime videatur explicanda?*

18. *Præfertur omnibus qui in militiam emendam credidit cum pacto pignoris in scripturam redacto. An id hodie adhuc obtineat in iis, qui ad munus venale emendum crediderunt? Quale jus habeat, qui credidit in emtionem rerum cum pacto, ut sibi res emtæ pignori sint? Et quid si venditor rem immobilem vendiderit fide de pretio habita, si ipso solemnis traditionis instrumento, vel postea ex intervallo, res illa ei pro residuo pretio obligetur?*

19. *Qui in refectionem ædium aut navis crediderunt, habent in navi vel domo privilegium cum hypotheca; item locatores prædiorum in invectis & illatis præclusis, domini directi & similes pro canone, solario, censu; Universitas agrorum aggere munitorum, in prædio singulorum pro impensis aggerum molendinorum, & plures alii.*

20. *Quid juris, si cum illis, qui in emtionem domus aut navis crediderunt, quive de pretio prædii venditi cum pacto solemni pignoris contendunt, concurrant qui postea crediderunt in refectionem? Quid si alii prius alii postea crediderint in refectionem domus aut navis? Quid, si domini directi pro solario, canone &c. concurrant cum iis, qui in reparationem aggerum & molendinorum crediderunt?*

21. *Mulier, sponsa, uxor putativa habet hypothecam cum privilegio in omnibus mariti bonis pro dote & argumento ejus. An & pro paraphernis? An & pro arrhis sponsaliciis? Quid moribus?*

22. *Post mulierem fiscus agens ex causa primipilari, & pro tributis in omnia civium bona. Quid sit causa primipilaris? An jus causæ primipilaris extendendum ad eos, qui stipendia militum in castris procurant, inter milites distribuenda?*

23. *Quale jus nostris moribus habeat fiscus pro tributis et vectigalibus?*

24. *In quibus debitoris bonis fiscus hypothecam cum privilegio habeat, si ex contractu agat?*

25. *Quo usque hoc fisci jus adhuc moribus usum inveniat? Pupillos, minores, civitates, ecclesias, fiscum in bonis tutorum administratorum hypothecam quidem, at non privilegium habere.*

26. *Si statuto quadam persona aut causa enumerentur privilegiata, an præcise eo veniant ordine, quo nominata? et an non nominati intelligi debeant privilegio destituti, si jure civili privilegiati sint?*

27. *In simplicibus hypothecariis qui prior est tempore potior est jure, tum in pignore, tum in accessionibus: et tum pro debito principali, tum pro usuris, et pœna in conventionem deducta, si et pro his pignus obligatum sit; item pro impensis necessariis in pignus factis. Quid moribus obtineat circa usuras?*

28. *Regula, quæ prior tempore potior jure est, locum habet in pignore expresso, tacito, judiciali, sive*

ejusdem sive diversi generis hypothecarii creditores sint. An, et quatenus in pignore prætorio? An, et quatenus in generali? et quid si alius generale alius speciale habeat, tum jure Romano tum moribus?

29. *Prælatio non tantum ex diei sed & horæ prioritate æstimanda est. Quid si duabus simul res eadem obligetur? Quid si duobus separatim eodem die, nec hora utrique vel alterutri obligationi addita sit? Quid, si quis domum locatam vendiderit cum pacto, ut primi anni pensiones venditori, sequentium annorum emtori cedant, pignorumque ab inquilino datorum jus utrumque sequatur? Quid si hodie duæ immobilium hypothecæ eodem die in acta publica relatæ sint?*

30. *Quid juris in prælatione, si hypotheca uni sub conditione, alteri dein, pendente illa conditione, res eadem pure obligata sit? Quid juris, si pro debito conditionali hypotheca constituta sit pure, & pendente debiti conditione, eadem res alteri pro debito puro obligetur, per distinctionem & exempla explicatur. Et quid, si pro debito incertæ quantitatis adhuc nascituro pignus obligatum sit?*

31. *Quid juris, si res uni a non domino, alteri ab eodem jam domino facto obligetur? Quid si eadem res ab eodem non domino diversis alio atque alio tempore obligetur, & is postea dominium acquirat? Quid si a diversis non dominis res eadem diversis creditoribus obligata sit?*

32. *Novatione facta & pignoribus renovatis, durat temporis prioris prærogativa in pignoribus.*

33. *Quid si antiquior consenserit in obligationem pignoris posteriori faciendam? vel suum jus pignoris callide dissimulaverit? vel priori per privatum, posteriori per publicum instrumentum res obligata sit?*

34. *Hypothecarii posteriores creditores priori etiam invito offerentes debitum, in jus ejus succedunt; chirographarii, & extranei non aliter, quam si id actum sit; vel pro debitore fiscali fisco solutum sit; vel possessor pignoris hypothecaria conventus offerat debitum.*

35. *Oblationes invito hypothecario factæ habuerunt quandam iniquitatem, & tamen simul necessitatem. Cur nostris moribus cessent tales oblationes? Quo modo hodie creditum hypothecarium alteri cedi possit? An præter hypothecam alia privilegia transeant in cessionarium?*

36. *Quid juris, si chirographarii magis & minus privilegiati vel æque privilegiati concurrant? An non privilegiati debita exacta restituere teneantur chirographariis privilegiatis?*

37. *Recensentur privilegiati chirographarii, civitates in bonis eorum quibuscum contraxerunt; famuli & ancillæ pro mercede. An domini pecuniæ furto ablatæ in rebus ea pecunia emtis, vel in pretio ex rebus furtivis per furem venditis adhuc debito? Quid, si alii ex oneroso, alii ex lucrativo titulo creditores sint?*

38. *Cujus loci statuta circa jus prælationis observanda sint, per distinctiones traditur.*

1. Etsi vulgo actiones a creditoribus adversus debitores intentari solent, tamen ubi debitor solvendo esse desiit, accidit frequenter, ut creditores, omisso debitore, in se invicem ruant, ac magnis inter se animis disputantes de prælatione in bona debitoris, seu, τρωτωπραξία mutuis sese tenent vulneribus conficere. Antequam autem de ipso agatur prælationis jure, consultum fuerit præmittere actionis hypothecariæ pleniorem tractationem. Sciendum enim ex jure pignoris actionem nasci in rem, prætoriam, arbitrariam, tum Servianam de rebus coloni illatis invectis in prædium rusticum & expresse pro pensione locatori obligatis, tum quasi Servianam, quæ & *hypothecaria* & *utilis Serviana*, quandoque etiam simpliciter *Serviana* appellatur, §. *item Serviana* 7. *Institut. de action. l.* 1. §. 2. *l. vel quæ* 7. *l. si debitor* 10. *l. si inter in* §. 1. *ff. de pign. & hypoth.* qua generaliter creditores pignora & hypothecas expresse vel tacite vel lege sibi devinctas persequuntur, si sibi a debitore vel pignorum possessoribus haud satisfiat, *l. si fundus* 10. §. *in vindicatione* 3. *ff. de pign. & hypoth.* Nec quicquam inter pignus & hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, præter diversum nominis sonum interest, *d.* §. 7. *Inst. de action. l. res hypotheca* 5. §. 1. *ff. de pignor. & hypoth.* Interest tamen, utrum pro debito puro pignus sub conditione, an pro debito conditionali pignus pure, an denique pro debito conditionali pignus sub alia conditione obligatum sit; primo namque casu non ante creditor hypothecaria experiri potest, quam si conditio hypothecæ extiterit, sed officio judicis possessor rei sub conditione obligatæ cavere jubetur, se restituturum hypothecam, si conditio extiterit, nec pecunia soluta sit, *l. grege* 13. §. *pen. ff. de pign. & hypot.* Secundo quo casu ante conditionis existentiam non recte agitur, quia nihil ante debetur, *d. l.* 13. §. *pen.* Tertio vero casu non ante conditionis utriusque eventum huic actioni locus est, cum, una tantum existente, vel debitum principale etiamnum defuturum sit, vel hypothecaria necdum sit nata. Adde *tit. de judiciis n.* 28. & *tit. de in jus vocando num.* 20.

2. Intentari potest hæc actio non tantum contra ipsum debitorem, eumve, qui pro debitore rem suam obligavit, sed & contra tertium quemvis bonæ vel malæ fidei possessorem, eumque, qui dolo malo possidere desiit, *l. si fundus* 15. §. *in vindicatione* 3. *ff. de pignor. & hypoth.* Cum enim jus pignoris non personæ sed rei annexum sit, debitor neque donando, neque vendendo, neque permutando, neque ullo alio modo alienando, illud creditori auferre potuit, *l. si dominum* 9. *l. debitorem* 15. *C. de pign. & hypoth. l. l. sicut.* 8. §. *non videtur* 15. *ff. quib. mod. pign. vel hyp. solvitur.* Quid, quod & his recte hac convenitur actione, qui de proprietate res pignori obligatæ cum debitore obligante litigavit rei vindicatione aut petitione hereditatis, & victor evasit, si modo pignoris obligatio lite illa antiquior sit, maxime si debitor creditorem non monuerit, *l. si superatus* 3. *pr. &* §. 1. *ff. de pignor. & hypoth. l. judicata quidem* 29. §. 1. *ff. de except. rei judic.* & res tantum hypothecæ obligata fuerit, adeoque possessio apud debitorem manere debuerit: quippe quo casu debitor cum alio de proprietate experiri quidem jure potuit, nec in eo a creditore impediri, utpote ex natura hypothecæ sibi possessionis & detentionis jus salvum habens ac valens asserere atque tueri, §. *item Serviana* 7. *Instit. de action.* sed nec creditori extra culpam posito res inter alios acta vel judicata obesse debuit, quo minus

ipse novam faceret ex jure pignoris persecutionem. Sive enim ignoraverit, litem debitori cum alio de pignoris proprietate intercedere, ignorantia ei jus suum agendi abunde tuebitur; sive contra sciverit, id agi a debitore, culpa tamen caret, dum ipse neque de proprietate per rei vindicationem aut hereditatis petitionem contendere cum extraneo possessore potuit, neque possessionem, quam debitor sibi secundum hypothecæ naturam reservaverat, a tertio avocare, nisi postquam debitor in mora solvendi esse cœpit, & ob id executio pignoris facienda est; si tamen non modo sciverit, litem debitori motam esse sed & liti adstiterit, dubium esse non potest, quin tunc ei nocitura quoque sit sententia contra debitorem lata, *l. ab executore* 4. §. *idque* 4. *ff. de appel.* Et de eo casu, quo tantum hypothecæ jus creditori constitutum erat, tractari a Papiniano in *l. si superatus* 3. *ff. de pignorib. & hypoth.* inde colligi potest, quod in ea lege debitor inter alia etiam *victus dicitur vindicans hereditatem*, ac asseritur, *judicem actionis Servianæ, neglecta de hereditate dicta sententia, pignoris causam inspicere debere*; quia fieri potest, ut pignus recte sit acceptum, nec tamen ab eo debitore lis bene instituta. Qua enim, obsecro, ratione debitor concipi posset ex pignoris causa tradidisse creditori res hereditarias, de quarum possessione acquirenda demum postea per hereditatis petitionem expertus est adversus tertium, tanquam pro herede vel pro possessore possidentem? Diversa causa est, si creditori res ex contractu pignoris tradita fuerit, isque deinceps passus sit sciens, debitorem de pignoris proprietate cum extraneo experiri, ac debitor ea in lite superatus sit: tunc enim ei scienti sententia inter debitorem & extraneum lata præjudicat, quia ex voluntate ejus de jure, quod ex persona agentis habuit, judicatum est; cum ipse ex facta sibi pignoris traditione jus possidendi adeptus, inde potuerit etiam adversus tertium rei possessorem de recuperanda possessione amissa experiri ante debitorem, allegans, sibi de ea re primum actionem competere aut defensionem, *l. sæpe constitutum* 63, *ff. de re judicata*, quam legem de pignore in specie creditori tradito accipiendam esse, conjicere ex eo licet, quod creditor, patiens debitorem experiri de pignore, ibidem jungitur marito patienti socerum vel uxorem experiri de proprietate rei in dotem datæ, & possessori seu emtori patienti venditorem contendere de rei proprietate. Plane si debitorem cum adversario collusisse, atque ita succubuisse, creditor probare possit, sententiam contra debitorem latam creditori non nocituram, rescriptum est, *l. præses* 5. *C. de pignor. & hypoth.* Non desunt interim, quibus magis placet, sine distinctione inter pignus & hypothecam ex sola scientia aut ignorantia creditoris petere *d. l.* 3. & *d. l.* 63. conciliationem, quasi sententia contra debitorem lata noceat creditori *scienti*, ut habet *d. l.* 63. non item ignoranti debitorem experiri; ad quem casum restringunt verba generaliora *d. l.* 3. Bachovius *de pignorib. libr.* 3. *cap.* 15. *num.* 1. Petrus Barbosa *ad l. quæ dotis* 34. *ff. soluto matrimon. num.* 160. Sed vix est, ut demonstrari possit, quo modo creditori, nudam hypothecam in specie habenti, actio aut defensio pignoris primo loco competeret ad debitoris exclusionem.

3. Licet autem jure veteri electio creditori competierit, utrum prius debitorem principalem aut fidejussores ejus an pignora excutere vellet, postquam prius debitores præsentes denunciationibus conventi & ita non satisfacientes in mora constituti sunt, *l. persecutione* 24. *C. de pignor. & hypoth.* junct. *l. debitores* 10. *C. eod.* & ea electio etiam num jure novo remanserit, quoties ipse debitor etiam simul res pignoratas tenet; adeo ut non electione unius actionis sed demum solutione, reliquæ pereant, *l. grege* 13. §. *etiam* 4. *ff. de pign. & hyp.* tamen, si a tertio res obligata possideatur, a Justiniano constitutum est, excutiendum esse prius debitorem & fidejussores ejus, antequam tertius pignoris possessor conveniatur, *novell.* 4. *cap. sed neque* 2. Quod & ex jure veteri peculiariter rescriptum fuit in casu, quo bona conductricis vectigalium pro pensione fisco ex lege devicta ac in plures alienata fuerant, cum conductricis heres pro reliquis fisco debitoris idonei essent, *l. Moschis* 47. *ff. de jure fisci* Non tamen huic juris novi dispositioni & ordinis beneficio locus videtur relinquendus, si tertius, sciens pignoris vinculum, pignus nihilominus emerit, cum jura deceptis non item scientibus subvenire ac parcere soleant, nec si tertius comparaverit demum rem obligatam post litem de re obligata contra debitorem jam inchoatam, arg. *tot. tit. ff. & Cod. de litigiosis*, & *novell.* 112. *cap.* 1. *in pr.* nec si res *specialiter* pignori obligata a tertio possideatur: non enim improbabilis est eorum opinio, qui putant, *novellam* 4. *cap.* 2. quandam adhuc ab ipso emendationem passam esse per *nov.* 112. *cap.* 1. *versu*, *ut si quidem speciales*, dum ibi constituit, posse quidem debitorem vendere res mobiles aut immobiles *nominatim* hypothecæ suppositas, sed si creditori ex pretio pignoris per debitorem divenditi satisfactum non fuerit, licentiam ei competere vindicandi rem venditam sibi hypothecæ suppositam, donec ei satis pro debito fiat. Cui consequens est, in sola generali hypotheca remansisse jure novissimo necessitatem excutiendi debitorem ante tertios rei generaliter obligatæ possessores. Nec deest speciosa quædam mutationis ratio, quod nempe, vendita re specialiter obligata, magis noceatur creditori, rem aliam sibi obligatam non habenti, quam debitor teneret; in generali autem hypotheca omnis debitoris bona devincta sint, unde post quarundam distractionem adhuc de reliquis a debitore possessis hypothecaria ipsi potest debitori moveri. Ita post Huberum *ad Pand. tit. de pignor. & hypoth. n.* 9. Brunnemannum *ad l.* 24. *C. de pign. & hypothec.* aliosque, clariss. Juris antecessor D. Pagenstecher. *in Irnerio suo injuria vapulante*, *collatione* 8. *ad auth. hoc si C. de pign. & hypoth.* §. 3. & *seqq.* Interim nostris moribus longe major hac in parte mutatio facta fuit, dum in immobilibus specialiter vel ex lege pignori obligatis, & ab ipso debitore possessis, liberum creditori est intentare simul personalem actionem & hypothecariam, ac uno utramque libello cumulare, ut dictum *tit. de edendo n.* 14. *in med.* iisdem vero ab externo possessis, iterum electio creditori restituta est, utrum prius actione personali debitorem, an hypothecaria tertium pignoris possessorem convenire malit, *Politic. Ordonn. van. Holland. art.* 36. Imo, si prædiis simul ac prædibus creditori cautum fuerit, sancitum in Hollandia, personalem adversus fidejussores actionem quiescere debere, donec pignus excussum fuerit; ac tum demum ad eam, quæ adversus fidejussores competit, velut subsidia-

riam in id quod restat exsolvendum, transeundum esse, si non aliud expresse in contrarium actum sit, *Edicto Philippi Hisp. Regis in usum Hollandiæ* 21. *Februarii* 1564. *vol.* 1. *placitor. Holl. pag.* 349. *& seqq.* repetitum *vol.* 3. *pag.* 587. Consuetud. Amstelod. *part.* 2. *cap.* 5. *num.* 2. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 3. *num.* 63. Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 4. *in fine.* Groenewegen *ad l.* 47. *ff. de jure fisci* & *ad l.* 22. *C. de pign. & hypoth.* Abr. a Wesel *ad novellas constit. Ultrajectin. art.* 20. *n.* 37. Quid, quod in Flandria & diœcesi Ultrajectina invaluit, ne ipsum quidem debitorem principalem actione personali per creditorem conveniri posse, nisi postquam pignus, penes tertium existens possessorem, excussum est, nec inde solidum creditor est consecutus, ut testatur Burgundus *ad consuetud. Flandriæ tract.* 1. *num.* 30. & a curia Ultrajectina judicatum in causa Nicolai Ruysch contra Nicolaum de Meyer 26. *Febr.* 1649. Quod si mobilia pignori data possideantur a tertio, nulla pro eorum persecutione hypothecaria moribus competit; cum mobilia sequelam non habeant; Groenewegen *ad l.* 1. *C. de precario.* Parens p. m. Paulus Voet *ad §. ult. Instit. quib. mod. re contrah. obligatio num.* 9. Adde *tit.* 1. *n.* 13.

4. Ceterum, ut creditor hypothecariam actionem sibi competentem dividat, & plures pro parte conveniat, neque jure Romano neque nostris moribus invitus compelli potest, cum individua censeatur esse pignoris causa. Sive enim res una obligata sit, &, cum plures ejusdem debitoris heredes essent, illa uni adjudicata, vel inter eos in partes divisa fuerit, vel pars pignoris per debitorem aut heredes ejus alienata concipiatur, liberum creditori est & rem totam uni adjudicatam, & partem illam, quæ uni ex divisione vel alienatione obvenit, pro solido debito excutere, adeo ut possessor excussionem impedire nequeat sive solidi sive partis a se possessæ, utcunque debiti partem pro rata solvere paratus sit, vel etiam re ipsa jam præstiterit, *l.* 1. 2. *C. de luit. pignoris, l. pro hereditatis* 2. *C. de heredit. action. l. anus* 16. *C. de distract. pignor.* arg. *l. si consensit* 7. *§. ult. ff. quib. mod. pign. vel hyp. solvitur, l. si quis putans* 6. *§. si fundus* 8. *ff. communi divid. l. rem hereditariam* 65. *ff. de evict̃ion. l. is, qui fundum* 31. *ff. de usu & usufr. legato.* Hugo Grotius *manud. ad Jurispr. Holl. libr.* 2. *cap.* 48. *num.* 53. Ant. Faber *Cod. libr.* 8. *tit.* 6. *defin.* 5. Negusantius *de pignoribus membro primo octavæ partis num.* 48. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 11. & *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 114. Sive ex adverso res plures simul pro uno eodemque debito specialiter devinctæ sint, ac quædam ex his ex lucrativo vel oneroso titulo ad tertios fuerint possessores translatæ, singuli cujusque rei immobilis obligatæ possessores non pro modo substantiæ singularum rerum, sed in solidum conveniri possunt pro creditoris electione, ut vel totum debitum reddant, vel eo, quod detinent, cedant, *l.* 2. *C. si unus ex plurib. hered. creditoris et debitoris part. suam solv. vel. accep. l. Moschis* 47. *ff. de jure fisci* in verbis *possessorem omnem.* Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 4. *in fine.* Sande *de cessione auction. cap.* 6. *num.* 61. Fachineus *controv. libr.* 2. *cap.* 47. Christinæus *ad Leg. Mech. tit.* 13. *art.* 31. *num.* 8. *in notis additis.* Ant. Faber *Cod. libr.* 3. *tit.* 6. *defin.* 40. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 240. *num.* 1.

5. Quod si unus ex pluribus hæredibus ob individuam pignoris ab eo possessi causam solus in solidum creditori hypothecaria agenti satisfecerit, non dubium, quin ei adversus coheredes ceteros actio pro rata cedi debeat, ut ceditur fidejussori solidum solvere parato adversus reliquos ejusdem debiti fidejussores. Præterquam quod & sine cessione per actionum negotiorum gestorum aut familiæ erciscundæ indemnitatem a ceteris consequi posset, *l. sive pro fratre* 3. *C. de negot. gestis,* de quo latius *ad tit. famil. erisc. num.* 41. An autem & tertiis pignorum possessoribus, qui partem obligatæ rei, aut unam ex pluribus rebus pro eodem debito obligatis tenentes ad solidi debiti solutionem compelluntur, actiones adversus reliquos partis alterius aut aliarum rerum simul obligatarum possessores pro rata cedendæ sint, non æque expeditum est. Sunt, qui justis quidem, at non injustis rerum obligatarum possessoribus, actionem a creditore debiti solidi solutionem obtinente cedi oportere contendunt, iter quos & Sandius *de cessione actionum cap.* 6. *n.* 63. 64. idque arg. *l. mulier* 19. *ff. h. t.* in verbo, *justus possessor.* Sed magis est, ut generaliter possessori ac detentori quali quali pignoris, si hypothecaria conventus solidum offerat debitum, adversus debitores principales & reliquorum pignorum aut partium possessores actiones pro rata cedi debeant, cum Paulus responderit, eos, qui jure pignoris rem persequuntur, a vindicatione rei removeri solere, *si qualiscunque possessor* offerre velit; neque enim debere quæri de jure possessoris, cum jus petitionis removeatur, soluto pignore, *l. Paulus* 12. *§.* 1. *ff. quib. mod. pign. vel. hypoth. solvitur.* Et quamvis Sandius *d. loco* post Cujacium *libr.* 11. *observ.* 35. *in fine* excipiat, in *d. l.* 12. *§.* 1. per oblationem a possessore quocunque factam impediri quidem ipsam pignoris vindicationem, non tamen ibi creditori imponi necessitatem cedendarum actionum, vanum tamen illud effugium esse, vel inde patet, quod Papinianus generaliter scripsit, *cum possessor unus expediendi negotii causa tributorum jure* (pro quibus prædia ex lege obligata esse constat) *conveniretur, adversus ceteros, quorum æque prædia tenentur, ei, qui conventus est, actiones a fisco præstari, l. cum possessor* 5. *ff. de censibus.* Et sane, si constituentibus pro alio, si fidejubentibus, solidum solvere paratis actiones ex certissimis juris principiis cedendæ sint adversus reliquos simul constituentes aut fidejubentes, rationem non animadverto, cur non & possessori quali quali solidum solventi, & ita actionem ab eo, cui solvit ementi, actio illa cedenda foret; cum ineptum sit, de jure possessoris quæri, ubi reliquorum possidentium intuitu jus petitoris remotum est, secundum verba *d. legis* 12. *§.* 1. Illud quidem haud eundum inficias, extraneum, qui pro debitore sponte sua debitum alienum offert creditori, non jure desiderare, jus obligationis in se transferri, *l. nulla tibi* 5. *C. de solutionibus,* sed contra servatur, ubi quis vel ex contractu, ut in constituto & fidejussione, vel ex metu amittendæ possessionis qualisqualis, maxime ubi jam a creditore tanquam pignoris detentor conveniri cœpit, solutionem offert creditori, non invito neque reluctanti, sed omni modo solutionem sibi fieri postulanti; ac, ni illa sequatur, qualemcunque ablaturo possessionem. Si quæras, cum Sandio, qua fronte cessionis beneficium,

quod juris est, implorare audeat, qui contra jus possidet; respondeo, eo jure, quo & impensas necessarias in rem a se mala fide possessam factas mediante retentione a vero rei domino vindicante recuperat. Stringeret scilicet ista interrogatio, si possessor injustus in leges incurreret per ipsam debiti totius solutionem, propter quam nunc sibi actiones cedi cupit, atque ita locum inveniret, quod est in *l. si plures* 38. *§. ult. ff. de administr. & peric. tut.* Sed non ita est: etsi enim turpiter faciat injustus possessor, quod possessionem apprehenderit nullo sufficiente titulo aut jure munitus, ac alienæ rei conscientiam habens; non tamen turpiter in eo facit, quod exsolvit hypothecario creditori æs illud alienum, pro quo res illa devincta fuit; uti non peccat, qui, dum sciens alienam rem tenet, necessarias in eam impensas facit, licet eam vero domino restituendo potuisset impensis illis se subduxisse, ut dixi *tit. de petit. heredit. n.* 21. Ac pro hac sententia stat post allegatos multos alios Negusantius *de pignor. & hypoth. membro secundo* (vel *membro tertio*) *quinta partis n.* 26. 27. Nec huic adversatur opinioni *d. l. mulier* 19. *ff. h. t.* quippe quæ non tam restrictionis, quam potius exempli causa, justi possessoris mentionem habet.

6. Illud minus ambiguum est, eum, qui solidum solvit, non solidum a ceteris aliorum pignorum possessoribus recuperaturum, sed tantum pro rata, ut ita paris sit conditionis cum aliis, qui itidem ex eo solo, quod pignorum possessores sunt, conveniri possunt, arg. *l. cum possessor* 5. *de censibus*, Joh. a Sande *d. tract. de cessione action. cap.* 6. *numer.* 65. Respons. Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 255. Cumque *tit.* 1. dictum fuerit, pretia pignorum regulariter haud esse pignori, nec succedere in locum pignorum, consequens est, ut secundum rigorem juris hypothecaria actio tantum adversus ultimum pignoris possessorem moveri possit, si forte multiplici alienatione per multas manus pignus ambulaverit. Quamvis ex æquo & bono ad evitandas lites superfluas & sumtuum multiplicationem ab Hollandiæ curia judicatum fuerit, adversus primum pignoris venditorem de pretio ex venditione redacto actionem creditori haud esse denegandam, si constiterit, quartum possessorem adversus tertium, & tertium rursus adversus secundum, ac denique hunc rursus contra primum evictionis nomine posse experiri, Neostadius *Cur. Holl. decis.* 16. *quæst.* 2.

7. Licet autem & contra debitorem & contra tertios possessores hypothecaria actio detur, interest tamen, utrum creditor conveniat debitorem ipsum, an alios possidentes. Etenim, si tertium conveniat, probare tenetur, rem tempore obligationis in hypotheca speciali, aut quandocunque a tempore hypothecæ constitutæ in hypotheca generali in bonis debitoris fuisse, *l. & quæ nondum* 15. *§.* 1. *ff. de pignor. & hypoth.* cum tamen nihil horum probare necesse sit, si contra ipsum agatur debitorem, nec alius intercedat; cum utique suum debitor factum præstare teneatur. Sed & secundo, debitor hac conventus actione non tenetur ultra præstare, quam quatenus debet, licet ob contumaciam in plus damnatus esset, *l. si fundus* 16. *§. si pluris* 6. *l. si inter* 21. *§. ult. ff. de pign. & hypoth.* Adde *tit. de condict. indeb. n.* 18. *in fine.* At tertius possessor ad integram rei obligatæ æstimationem tenetur ex contumacia, ex qua id, quod debitum excedit, creditor debitori restituit, *d. l.* 21. *§. ult.* adeo ut & jurijurando in litem ob dolum aut contumaciam possidentis, ac creditori hypothecario debitum non solventis, locus esse possit, *l. si fundus* 16. *§. in vindicatione* 3. *ff. de pign. & hypoth.* arg. *l. qui restituere* 68. *ff. de rei vind.*

8. Quod si pluribus creditoribus simul res eadem eodem tempore sit obligata, si quidem pro partibus, aut etiam nulla partis vel solidi mentione facta, singuli pro parte tantum tam inter se, quam contra tertios possessores, experiri hac actione possunt: & quidem pro dimidia, si æquale utriusque debitum sit; pro rata vero debiti, si inæquale, *l. si debitor* 10. *in fine l. si fundus* 16. *§. si duo* 8. *ff. de pignor. & hypoth.* sin singulis in solidum, contra tertium quidem possessorem in solidum agunt singuli, quippe ex jure sibi in solidum constituto; sed si ipsi inter se contendant, potiorem esse possessoris conditionem Romanis visum est, *d. l.* 10. *ff. de pign. & hypoth. l.* 1. *§.* 1. *ff. de Salviano interdicto*, quod nostris moribus in re mobili, sequelam non habente, haud difficulter admiseris, Ant. Matthæus de *auct. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 100. sed in immobilibus magis est, ut non possidens æquale cum possidente jus habeat, saltem ad id, ut pro rata quisque in rei istius distractæ pretium veniat, quod & Groenewegio placet ad *d. l.* 10. nec ipso forte jure Romano alienum est, si consideremus, in *d. l.* 10. non tam de jure prælationis, quam potius de ipsa actione Serviana ad *apprehendendam possessionem* sermonem esse; circa quam possessionem utcunque melior possidenti conditio videri possit, non tamen ideo prælatio quoque in pretio pignoris possidenti asserenda est. Non enim ex possessione dependet hypothecæ aut prælationis jus; cum & amissa, imo ne acquisita quidem possessione, potior in pignore quis esse possit, *l. creditor* 12. *§. ult. ff. h. t.* Scilicet, ut apertius dicam, singulis in solidum res eadem obligata est, &, si neutri creditori solutum sit, ex necessitate per concursum partes faciunt, atque ita singulis ex pretio pignoris distracti facienda debiti solutio pro rata; eaque fiet ratione, ut, re pluribus simul obligata, æqualis omnium causa sit, ut Paulus voluit in *l. aliena res* 20. *§.* 1. *ff. de pignorat. act.* Sed si alteruter eorum sine pignoris distractione per solutionem aut aliter dimissus sit, alteri adhuc tota res pro suo debito obligata manet: eo fere modo, quo id in re eadem duobus conjunctim legata contingit, juxta *§. si eadem* 8. *Inst. de legatis.*

9. Durationem hujus actionis quod attinet, olim quidem debitore aut herede ejus possidente, non videtur ullo temporis lapsu evanuisse, *l.* 1. 2. *C. si advers. creditorem præscript. oppon.* multoque magis id obtinuit, ubi creditor ipse pignoris possessionem ex contractu nactus fuerat, & possessioni incumbebat. Quod si extraneus pignus tenuisset bona fide & justo titulo per tempus usucapionibus ex lege veteri ante Justinianum præfinitum, puta biennii in immobilibus, aut anni in mobilibus, distinctio videtur adhibita fuisse inter pignus in specie, cujus possessio in creditorem translata fuit, & hypothecam, quæ penes debitorem manet. Si enim pignus creditori traditum, deinde ab extraneo usucaptum fuerit, usucapionem illam etiam in creditoris præjudicium impletam fuisse, verius est: tum quia creditor ipse pignoris possidendi jus habens, illud ab iniquo possessore debuisset

avocare, ac id omittens, suæ debuit negligentiæ acceptum ferre, quod usucapio pignoris impleta fuit, atque ita ipsi quoque periit pignoris jus, *l.* 1. *C. si advers. credit. praescr. pign. oppon.* tum etiam, quia in *l. ult. ff. de usurpat. & usucap.* scriptum est, si debitor id, quod creditori pignori dederat, surripuerit, eam quidem rem furtivam esse, *sed simulatque in creditoris potestatem venerit, usucapi posse*; qualis usucapio ex eo tempore non poterat incipere locum habere ratione proprietatis, (nam non proprietatis, sed tantum possessionis apud creditorem constitutæ, vel juris & securitatis creditori in re competentis intuitu, furtum factum erat, arg. *l. certe si* 6. §. *ult. ff. de precario*, & §. 1. junct. §. *aliquando* 10. *Instit. de oblig. quæ ex delicto*, ibique Vinnius & Paulus Voet; ut proinde nec quantum ad proprietatem videri potuerit vitium subesse, aut ob id usucapio impedita fuisse) sed tantum ratione possessionis & juris quod habebat creditor in re; quippe cujus solius intuitu cum furtum factum esset, purgabatur furti vitium, quum primum res venerat in creditoris potestatem, ac eo quoque ipso usucapio pignoris, jam nulla ex parte vitiosi, procedere potuit in creditoris præjudicium, si is secundum antedicta rem deinceps ab alio per tempus lege definitum possideri passus esset. Quibus accedit, æquissimum esse, ut tanto temporis spatio jus pignoris ex negligentia creditoris, possessionem pignoris adepti, pereat creditori, quanto dominium domino perit ex domini negligentia: quomodo de usufructuario circa amissionem ususfructus id constitutum invenitur, qualis fructuarius eo fere modo habet jus possidendi res fructuarias, quo creditor res sibi ex pignore traditas, *l. pen.* §. 1. *in fine C. de usufructu.* Diversa hypothecæ ratio fuit, cujus possessio cum apud ipsum debuerit remanere debitorem ex natura hypothecæ, debitori magis quam creditori imputandum fuit, quod pignus, per negligentiam ejus a tertio possessore non mature avocatum, usucaptum fuit; imo perinde id habendum fuit, ac si debitor pignus vendidisset; eo quod vix est, ut alienare non intelligatur, qui patitur usu capi, *l. alienationis* 28. *ff. de verb. sign.* cui consequens erat, etiam post usucapionem impletam durare creditori (qui negligentiæ accusari non poterat, arg. *l. sicut* 8. §. *non videtur* 15. *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.*) pignoris jus & persecutionem, ac quæstionem & conventionem pignoris ab intentione dominii separari, uti aliquoties responsum & rescriptum fuit, *l.* 1. §. 2. *in fine ff. de pign. & hypoth. l. usucapio* 7. *Cod. eod. tit. l. justo errore* 44. §. *non mutat* 5. *ff. de usurpat. & usucap. l. misso* 12. *ff. pro emtore*, *l. cum postulassem* 44. §. 1. *ff. de damno infecto*, quæ leges omnes commodissime de hypotheca accipi possunt: nam in *l.* 1. §. 2. *ff. de pign. & hyp. & l.* 44. §. 1. *ff. de damno infecto*, tractatur de prædii ac ædibus pignori obligatis, in quibus plerumque hypotheca magis quam dignus est, §. *item serviana* 7. *in fine Inst. de act.* Porro in *l.* 7. *C. de pign. & hyp. & l.* 44. §. 5. *ff. de usurp. & usucap.* pignoris *conventionem* usucapione non extingui, & *sola conventione constituti* pignoris persecutionem non perimi, legitur, quod proprie ad hypothecas spectat, *l.* 1. *pr. ff. de pignorat. act.* denique in *l.* 12. *ff. pro emtore* de legatariis in possessionem missis agitur, qui ex missione non consequuntur possessionem rerum, sed tantum custodiam, nec expellendi heredem jus habent, sed simul cum eo possident, ut saltem tædio perpetuæ custodiæ extorqueant cautionem, *l. is cui* 5. *pr. ff. ut in possess. legat. causa*, sic ut & hæc pignoris prætorii species magis ad hypothecam in omnia bona defuncti constitutam, quam ad pignus in specie videatur pertinere: licet verum sit, ipsos missos debuisse admissos esse, ut pignoris prætorii jus nascatur, ac missi valeant custodire, *l. non est mirum* 26. §. 1. *ff. de pignorat. act.* Si tamen non usucapta tantum, sed & longo tempore possessa fuisset a tertio res oppignorata, præscriptio longi temporis excludebat creditorem; atque ita efficiebat id, quod anni aut biennii usucapio efficere non potuit; licet alioquin in aliis, ac præcipue in dominii directi adjectione, major olim usucapionis vis fuerit, quam præscriptionis, *d. l.* 1. & 2. *C. si adversus credit. praescript. oppon.* Confer Ant. Fabrum in *rational. ad d. l.* 1. §. 2. *ff. de pign. & hyp.* Sed jure posteriori Romano duravit hæc actio hypothecaria creditori annis quadraginta tam adversus debitores & eorum heredes, quam contra tertios possessores & creditore posteriores rem possidentes vivo debitore: eo enim defuncto, posterior creditor potuit annis triginta a morte debitoris excludere priorem, *l. cum notissimi* 7. *pr. &* §. 1. 2. *C. de prascrip.* 30. *vel* 40. *annor.* Quæ ita obtinebant, præsupposito, quod principalis obligatio annis quadraginta durat, dum forte in judicium deducta est: nam cum tempore istius *l.* 7. actiones litis contestatione perpetuæ efficerentur, *l. ult. ff. de fidejussor. & nominat. & hered. tut.* donec per Justinianum constitutum fuit, eas in judicium deductas annis quadraginta durare a novissimis actis, *l. ul. C. de praescr.* 30. *vel* 40. *annor.* non mirum fuit, ad annos quadraginta extendi potuisse actionis hypothecariæ durationem. Sed cum novissima Justiniani *lege* 13. *C. de judic.* dispositionem *d. legis ult. Cod. de praescript.* 30. *vel* 40. *ann.* mutatam esse plenius adstruxerim *tit. de judic. num.* 55. dicendum videtur, regulariter actionem hypothecariam, tanquam accessoriam, non ultra vitam actionis principalis produci. Quin imo, ex moribus hodiernis non improbabile est, actionem hypothecariam ad instar alterius cujusvis actionis triente seculi excludi, Ant. Matthæus *Farem. Belgar. Jurisc.* 9. *n.* 7. *pag.* 319. *in med.* Quo facit, quod ab Hugone Grotio traditum *lib.* 3. *manud. ad jurispr. Holl. cap.* 46. *num.* 8. præscriptiones actionum apud nos fieri triente seculi, qui tamen *lib.* 2. *cap.* 48. *n.* 58. *& seqq.* plane probat in actione hypothecaria præscriptionem triginta aut quadraginta annorum, secundum distinctionem supra propositam ex *d. l.* 7. *C. de praescript.* 30. *vel* 40. *annorum*, in quam sententiam etiam ab Hollandiæ Curia judicatum refert Neostadius *Curiæ Holl. dec.* 8. & 15. *in fine.* Licet debitor usuras annuumve reditum suis solvisset temporibus, ac propterea deficiente mora, creditori occasio quoque defuerit interpellandi tertium pignoris possessorem, arg. *l. Pomponius* 29. *ff. quib. mod. ususfruct. amitt.* Cujus tamen contrarium aliquando in Hollandia judicatum fuisse, sic ut ne quadraginta quidem annorum quieta possessio hypothecariam potuerit actionem elidere, exemplis adductis commemorat auctor consilii inter respons. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 264. Quam etiam sententiam tuetur Chassanæus ad *consuetud. Burgund. rub.* 22. §. 2. *num.* 40. 41. ac pro ea facit argumentum a

fidejussore desumtum, quem obligatum manere, licet totis triginta annis interpellatus non fuerit, si modo debitor ipse præscriptione non sit liberatus, dicetur *tit. de fidejussorib.* arg. *l. ult. Cod. de duob. reis*, *l. si servum* 91. *§. nunc* 4. *ff. de verbor. obl.* Sane si creditor possessori intra tempora præscriptioni præfinita denuntiaverit, rem ab eo possessam pro tali debito pignoris jure devinctam esse, ne annorum quidem quadraginta præscriptionem metuere debet, ut monet Neostadius *d. dec.* 8. *in fine*. Uti nec, si possessor sit heres debitoris, utcunque tunc neque denunciatio ei facta fuerit, neque ulla in solvendis usuris annuis mora commissa, ut notat Groenewegen ad *d. l.* 7. *C. de prescript.* 30. *vel* 40. *ann. num.* 2.

10. Præter hypothecariam hactenus tractatam, non inconsultum fuerit de ipso prælationis aut concursus judicio, inter creditores agitando, pauca subnectere. Brevissima quidem & expeditissima hujus judicii ad finem perducendi via est, si creditores verbis rem agant apud judicem isti judicio delegatum, communicatis inter se documentis, quibus unusquisque suum asserere vult prælationis jus; sed si qui creditores morosiores sint, scriptis hoc judicium agitandum est (*trecb van preferentie*) ut tamen liberum sit illis, qui se ista litigandi ratione ac protelatione læsionem subituros arbitrantur, de sumtibus damnis eoque quod interest protestari, vide van Alphens Papenay *part.* 1. *cap.* 30. *pag.* 481. 482. Quod si jam inter quosdam creditores hoc judicium inchoatum sit, alii recte petierint, se ad idem admitti judicium; quin imo judicio jam finito ac nummis ex venditione bonorum redactis jam secundum sententiam prælationis inter creditores distributis, creditoribus aliis judicii prioris ignaris, aut tunc absentibus, aliave causa probabili impeditis (non promiscue omnibus), adhuc liberum est, saltem mediante in integrum restitutione, iteratam desiderare de prælatione disceptationem; nisi id nominatim statutis inveniatur inhibitum, aut non nisi usque ad certum tempus modicum ex statuto permissum, Ant. Matthæus *de auct. lib.* 1. *cap.* 17. *n.* 13. 14. Appendix decision. post responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 35. *in med.* van Alphens Papegay *d. cap.* 30. *pag.* 481. Wassenaar *pract. judic. cap.* 22. *n.* 51. 52. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 299. Quam etiam ob causam apud nos & vicinis multis in regionibus obtinuit, creditores post finitum prælationis judicium non aliter adjudicatæ sibi quantitatis solutionem accipere, quam si de restituendo sufficientem præstiterint cautionem, si forte emergerent in posterum creditores alii potiora jura habentes, arg. *l. procuratoris* 5. *§. ult. ff. de tribut. act.* in dubio quidem sine usuris, si non usu regionis inductum appareat, nominatim etiam de usurarum restitutione oportere caveri, præsertim cum moribus non ita facile usurarum obligatio nasci soleat, neque in nostro casu ulla videri possit culpa aut mora creditoris suum ex sententia recipientis. Quæ prolixius tractata vide apud Ant. Matthæum de *auct. d. lib.* 1. *cap.* 17. *n.* 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10.

11. Pendente autem judicio prælationis, nummi ex bonorum distractione redacti per curatorem bonis datum aliosque similes, apud acta publica in usum jus habentium asservandi deponi debent; nisi ob litem prælationis diutius protelandam, communi creditorum consensu constituatur, nummos interim apud Rempublicam fœnori collocandos esse, in creditorum utilitatem, Van Alphens Papegay *part.* 1. *cap.* 30. *pag. mihi* 481. *in fine* & 482. Quin & subinde nonnullis ante finitum prælationis judicium solvi quod debetur, æquum est, veluti si creditoris unius jus plane sit liquidum, reliquorum debita illiquida, si modo caveatur de restituendo, ut ante dictum; maxime, si creditor talis sit, cui ob paupertatem aliunde non suppetit, quo se exhibeat ac alat, citatis tamen creditoribus reliquis, si forte justam putent subesse causam contradicendi, arg. eorum quæ cauta *edicto Caroli V.* 26. *Maji* 1544. *art.* 40. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 328. Neostadius *Curiæ suprem. decis.* 53. Ant. Faber *Cod. lib.* 7. *tit.* 32. *defin.* 18. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 25. *num.* 5. & *cap.* 17. *n.* 3. Quibus vero modis compelli possit sive curator sive graphiarius ad id, ut nummos secundum sententiam prælationis distribuat, puta civili custodia, comminatione judicis, vide dictum Alpheni formularium *d. par.* 1. *cap.* 30. *pag. mihi* 479. & *seqq.*

12. Quo in loco concursus aut prælationis judicium ventilandum sit, ambiguum satis est. Rigorem juris si spectemus, in loco quidem domicilii debitoris obærati non nisi de pretio redacto ex rebus mobilibus omnibus ubicunque constitutis, nec non immobilibus in ipso domicilii loco sitis, judicium inter creditores agitandum fuerit; de immobilium vero reliquarum pretio in locis singulis, in quibus immobilia quæque obærati sita sunt; sic ut tot sint futura de prælatione judicia, quot locis diversis alii atque alii judici subjectis immobilia reperta fuerint, cum extra territorium jus dicenti impune non pareatur, *l. ult. ff. de Jurisd.* & is, qui possidere jubetur, eo loci jussus videatur, cujus cura ad jubentem pertinet, *l. cum unus* 12. *§. is qui* 1. *ff. de rebus auctorit. jud. possid.* Confer quæ scripsi *tit. de constit. Princip.* parte altera, *de statutis num.* 5. & *seqq.* Plane, ut apud eundem supremum unius territorii judicem, vel etiam apud ordinarium judicem domicilii debitoris obærati, de prælatione inter creditores disputetur ratione pretii, quod ex immobilium sub diversis inferioribus judicibus eidem Principi supremo parentibus sitorum venditione redactum est, non modo constitui summo jure potest, sed & ita constitui suadet æquitas, ne continentia causæ dividatur; prout etiam ab Hollandiæ Ordinibus constitutum est, non apud Curiam provincialem, sed apud judicem ordinarium loci, in quo curator bonis obærati, aut hereditati cum beneficio inventarii aditæ, datus fuit, judicium prelationis ad finem perducendum esse, *Placit. Ordin. Holl.* 10. *Julii* 1677. *vol.* 3. *Placitor. pag.* 672. 673. Rerum vero cæterarum alio sub Principe sitarum intuitu quo minus id fiat, non modo rationes superius adductæ evincunt satis, sed & firmat manifesto, quod id, post varia discussa, tandem speciali conventione inter Hollandiæ ac Ultrajectinæ Diœcesios Ordines definitum ac circumscriptum fuit, secundum placitum Ultrajecti promulgatum 18. *Aprilis anni* 1619. cujus hæc sententia est, potestatem curatoris bonorum in alterutra Provincia constituti sese extendere ad omnia bona in utraque ditione sita; curatorem constituendum esse in loco domus mortuariæ, vel domicilii postremi ejus qui solvendo non est, licet major creditorum pars alio in loco domicilium foveret, vel alibi sita esset major bonorum pars; in eodem in-

super loco, in quo curator creatus est, etiam universale concursus judicium inter creditores agitandum esse; orta quæstione de domicilio, judicem istius controversiæ competentem fore eum, in cujus territorio is, qui defunctus est aut non solvendo existit, ultimo commoratus fuit; denique bona in alia provincia sita vendi oportere auctoritate judicis, qui curatorem dedit, sed more loci, in quo venditio fit. Confer Rodenburch *de jure conjugum tract. prælimin. de statutorum diversitat. tit. 2. cap. 5. n. 16. fere in pr. pag. mihi* 92. Parent. p. m. Paulum Voet *de statutis sect.* 10. *num.* 4. 5. & quæ scripsi *ad tit. de constit. Principum*, parte altera, *de statutis n.* 17.

13. Ut autem distinctius tractetur materia prælationis, sciendum est, creditoribus aliis, utcunque maxime privilegiatis, potiores illos esse, qui dominium rei inter bona debitoris repertæ a se pertinere docent. Qua ratione is, qui rem suam vendidit & tradidit, non habita fide de pretio, quandoque etiam fido habita, & dominus rerum furto sibi ablatarum, & proprietarius nudus, fideicommissarius, deponens qui deponendo in creditum non abiit, commodans, precario concedens, pignori dans, aliique his similes, pro rebus venditis atque ita traditis, aut fructuariis, aut fideicommissariis, aut depositis, aut pignori vel precario vel commodato concessis, in tributum cum ceteris creditoribus ejus, qui res tales possidet, vocandi non sunt; non utique illis in casibus, quibus secundum leges aut mores talium rerum vindicandarum potestas ipsis denegata non est, quod latius tractatum *tit. de rei vindicat. num.* 5. *et seqq. usque ad num.* 22. Idemque est, si institor ex mandato alterius ex mandantis nummis rem emerit pro mandante, & cum foro cederet, res adhuc inter ejus bona existat; ut dictum *tit. de institoria actione n.* 7. vel si quibus aurifabro, sartori, tinctori, fulloni, aurum dederit ut inde vas fieret, vel vas argenteum reficiendum, vel lanam tingendam, pannumve poliendum, aut vestem sarciendam, ac ipsa corpora, artifici sic tradita, appareant in bonis ejus. Confer *d. tit. de rei vindicat. num.* 12. *in fine*. Plane, si argentum pusulatum fabro datum fuerit, ut vasa fierent, vel aurum ut annuli, magis est, ut auri talis aut argenti dominium in fabrum translatum, adeoque istius auri intuitu in creditum itum sit, *l. in navem* 31. *ff. locati*, cui consequens est, ut is, qui aurum dedit, cum chirographariis tantum creditoribus in fabri bona concurrere debeat. Quemadmodum & is, qui pecuniam apud aliquem deposuit, si eam neque clausam neque obsignatam tradiderit, sed simpliciter adnumeravit, arg. *d. l.* 31. *ff. locati*, & *l. Lucius Titius* 24. *l.* 25. §. 1. *ff. depositi*, junct. *l. procuratoris* 5. §. *sed si dedi* 18. *ff. de tribut. act.* Sed &, si corpora ipsa commodata, deposita, pignori data obærato, non amplius reperiantur in bonis ejus, vel inveniantur quidem, sed deteriora per talem obærati culpam, quam is ex natura contractus, ex quo res penes eum constituta fuerat, præstare debet; pro rerum istarum pretio aut æstimatione deteriorationis uti non nisi personalem ex contractu actionem intentare potest, ita cum aliis simplicibus chirographariis pro rata tantum concursurus est; cum nuspiam leges ullam eo casu tribuant prælationem. Quin imo, si furto subductæ res in bonis furis non ultra existant, ne in pretio quidem, quod ex aliis furis bonis redactum est, ullam prælationem ante alios furis creditores sibi vindicare potest qui furtum passus fuit, sed magis illud inter rerum furto subductarum dominum & reliquos chirographarios furis creditores pro rata dividi oportere, a suprema Hollandiæ curia judicatum memorat Neostadius *Curia supr. decis.* 36. *fere in pr.* Quod enim a Negusantio *de pignoribus quarto membro secunda partis princip. num.* 124. Carpzovio *defin. for. part.* 4. *constit.* 39. *defin.* 10. aliisque traditum est, bona delinquentis esse tacite obligata pro male ablatis, id neque jure civili convenit, ut ipse Negusantius agnoscit, neque textu ullo juris canonici aut æquitate canonica firmatur. Et quamvis aliquando in Hollandia judicatum fuerit, in pretiis rei furtivæ per furem distractæ adhuc furi debitis, præferendos aliis esse ipsos rerum furtivarum dominos; uti & in rebus, quas per furem ex pecunia furtiva comparatas constat; teste Neostadio *Curiæ Holl. decis.* 19. *vers. domini singulis*, & *Curia suprema decis.* 36. tamen vix est, ut illa sententia generalibus juris definitionibus satis respondeat, utcunque ab æquitate videri posset commendanda, uti id ex iis colligi potest, quæ scripsi ad *tit. de rei vindicatione num.* 10. *et* 11.

14. Illud jure singulari placuit, quoties foro cedunt nummularii, in omnibus nummulariorum fraudantium facultatibus primo loco rationem haberi eorum, qui depositas pecunias habuerunt, non quas fœnore apud nummularios, vel per ipsos exercuerunt, vel ab initio vel postea, sed quas apud mensam, fidem publicam secuti, deposuerunt, eosque ante privilegia venturos, Ulpianus docet *l. si hominem* 7. §. *quoties* 2. *ff. depositi*. Quod ita propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum esse, Papinianus auctor est, *l. quod privilegium* 8. *ff. depositi*. Ut tamen nullus spectandus sit ordo temporis depositionis in illis, qui ita deposuerunt, sed simul omnes deponentes admittendi sint, *d. l.* 7. §. *ult. ff. depositi*, arg. *l. privilegia* 32. *ff. de reb. auctor. jud. possid.* Quibus non adversatur ejusdem Ulpiani responsum in *l. si ventri* 24. §. *in bonis* 2. *ff. de reb. auctorit. jud. possid.* cum ait, *in bonis mensularii vendendis post privilegia potiorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam, fidem publicam secuti, deposuerunt. Sed enim, qui depositis nummis usuram a mensulariis acceperunt, a cæteris creditoribus non separantur, et merito: aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen nummi extent, vindicari eos posse puto a depositariis, et futurum eum, qui vindicat, ante privilegia.* Etenim dum ibi Ulpianus dicit, *post privilegia potiorem eorum causam esse, qui pecunias deposuerunt etc.* deponentes non refert in ordinem simplicium chirographariorum, sed ipsis adhuc prælationem tribuit, asserens *potiorem eorum causam esse*, quod de chirographariis simplicibus dici nequit, & ideo hos deponentes, quorum post privilegia venientium potiorem dixit causam esse, separat ab illis, qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, quos ob usuras acceptas in creditum abiisse, & ideo a ceteris creditoribus separandos haud esse monet. Sed ut facilius Ulpianus cum Ulpiano concilietur, sciendum est, præter creditores vulgo dictos privilegiatos, adhuc esse quosdam maxime privilegiatos, puta, qui necessarios fecerunt sumtus, veluti explicandarum venditionum gratia erogatos, *l.*

quod privilegium 8. *in fine ff. depositi*, junct. *l. quantitas patrimonii* 72. *ff. ad leg. Falcidiam*, aut in funus, *l. pen. ff. de religios. et sumt. fun.* ac jure novo in inventarii confectionem & similia, *l. ult.* §. *in computatione* 9. *C. de jure delib.* Quo posito, si deponens usuras acceperit a mensulariis nomine pecuniæ apud mensam publicam depositæ, omnibus creditoribus tum maxime privilegiatis tum minus privilegiatis postponendus est, & ab aliis simplicibus creditoribus nummulariis chirographariis haud separandus, quia non tam deposuisse, quam potius mutuum dedisse, ac in creditum abiisse intelligitur, uti id ab Ulpiano tum in *d. l.* 7. §. 2. *ff. deposit.* tum in *d. l.* 24. §. 2. *ff. de reb. auctor. jud. possid.* traditum est. Si vero usuras deponens non acceperit, si quidem nummi depositi adhuc extent in bonis mensularii (obsignati forte traditi, sic ut reliquæ nummularii pecuniæ mixti non fuerint) Ulpianus in *d. l.* 24. §. 2. *in fine* ait, deponentem nummos istos vindicare posse, *et futurum eum, qui vindicat, ante privilegia*, id est, ante creditores maxime privilegiatos; adeo ut nummi illi depositi nec propter impensas, explicandarum venditionum aut funeris aut inventarii conficiendi gratia factas, ullam patiantur diminutionem. Sed si nummi ipsi depositi non amplius extent in bonis mensularii, ab Ulpiano in *d. l.* 7. §. 2. scriptum est, *et ante privilegia babendam esse rationem depositariorum* seu deponentium; quibus verbis significatur, ante vulgatos creditores privilegiatos satisfieri debere his, qui mensæ publicam secuti fidem nummos suos apud mensam publicam sine usurarum conventione deposuerant. Et his convenienter rursus idem Ulpianus in *d. l.* 24. §. 2. asserit, *potiorem eorum causam esse, qui pecunias apud mensam, fidem publicam secuti, deposuerunt*. Sed quia bona cujusque foro cedentis non intelliguntur, nisi deductis impensis necessariis superius enumeratis, puta in venditionem rerum nummularii, in repertorium bonorum, in funus, sic ut demum his deductis quantitas patrimonii æstimetur, & bonorum calculus subduci soleat *d. l.* 72. *ff. ad leg. Falcid. d. l.* 8. *in fine ff. depositi*, *d. l. pen. ff. de religiosis*, *d. l. ult.* §. 9. *C. de jure deliber.* hinc a Papiniano observatum fuit, eos, qui nummos deposuissent apud mensularios, hoc quidem privilegium prælationis exercere in omnibus mensularii fraudatoris bonis, sed tamen *causam sumtus, qui necessarie factus est, semper praecedere, quia subducto eo bonorum calculus subduci solet*, *l. quod privilegium* 8. *ff. depositi*. Ad hujusmodi autem credita maxime privilegiata, seu sumtum necessarium, respicit Ulpianus in *d. l.* 24. §. 2. cum ait, in bonis mensularii vendendis *post privilegia potiorem* esse causam eorum, qui pecunias apud mensam, fidem publicam secuti, deposuerunt. Atque ita superatas puto difficultates illas, quæ Antonio Fabro in *rational. ad d. l.* 7. §. 2. prope inexplicabiles visæ sunt, & ad quas tollendas conjectura inani, cui ipse minus fidit, usus est. Possuntque hæc ipsa de privilegio deponentium apud mensam moribus hodiernis extendi ad eos, qui pecunias publice deposuerunt in graphejo seu apud acta, si graphiarius, actuarius, aliique similes his asservandis publice præpositi, eas in suos usus converterint, ac postea desierint solvendo esse; cum certum sit, necessarium ac publice utilem esse usum depositionis in graphejo, & ita deponentes publicam fidem sequi, atque adeo eandem plane inveniri prælationis rationem.

15. An autem & domini, qui res suas tanquam ad alium debitorem obæratum pertinentes solemniter sub hasta vendi & emtoribus ex decreto tradi sine oppositione passi sunt, in pretio inde redacto creditoribus ceteris potiores esse debeant, quasi pretium successerit in locum rei, dubium est. Sane, quoties rerum suarum venditioni ac traditioni solemni ex decreto faciendæ non intercesserunt, quia vel minorennes erant, vel absentes & subhastationis ignari, vel ob aliam quandam causam justam, ex qua majoribus adversus talem rerum suarum venditiones per in integrum restitutionem succurri jura moresque ferunt, prælatione in pretio eos gaudere æquum est. Cum enim vi restitutionis potuissent res ipsas emtoribus avocare, longe magis, si pretio contenti esse velint, nec hastæ fiscalis fidem convellere, potiores esse debent in pretio, quod utique creditoribus ceteris deberet decedere, si, re ipsa evicta, emtor numeratum a se pretium repeteret, ut latius a me traditum *tit. de minor.* 25. *annis n.* 16. & *tit. ex quib. caus. majores n.* 10. Adde Resp. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 324. Sed si nullam neglectæ intercessionis seu oppositionis causam in promptu habeant, ob quam ipsis restitutio indulgenda foret, non nisi cum aliis chirographariis simplicibus ad pretia rerum debitoris obærati reique propriæ distractæ concurrere possunt; si modo ante prælationis sententiam inter creditores latam expergefacti, sibi vigilaverint, ac de suo docuerint jure. Nam si sententia prælationis semel transierit in rem judicatam, non modo rei suæ dominio, sed & omni actione, qua de rei suæ distractæ pretio contendere potuerant tanquam chirographari, eos excidisse verius est, juxta formulam sententiæ inter creditores latæ inseri solitam, & statutis pluribus ea de re tractantibus comprehensam; quorum quædam recenset Ant. Matthæus, quem vide *de auction. lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 31. & *cap.* 18. *num.* 4. 5.

16. Porro circa veros creditores illud in genere constat, hypothecarios præferri chirographariis in rebus sibi pignoris jure devinctis, *l. eos qui* 9. *C. h. t.* eo excepto, quod quidam chirographarii hypothecariis, maximo licet privilegio munitis, anteponendi sunt, veluti si quis in rei distrahendæ proscriptionem, venditionem, traditionemque crediderit; quo & reducendi sumtus a curatore bonis dato vel executore necessario facti in conservationem rei; ut & impensæ bona fide factæ per unum ex creditoribus pro impetratione decreti, etiam ob id quod forte ejus interpositioni sese alius opposuit, arg. *l. quod privilegium* 8. *in fine ff. depositi*, *l. quantitas patrimonii* 72. *ff. ad legem Falcid.* Vide Van Alphens Papegay *par.* 1. *cap.* 30. *pag. mihi* 478. *n.* 3. Christin. *ad Leg. Mechl. tit.* 13. *art.* 15. Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 1. 2. 3. 4. 5. His proximæ sunt impensæ in inventarii confectionem, testamenti insinuationem, aliaque necessaria, erogatæ per eum, qui adhibito inventarii beneficio adivit, *l. ult.* §. *in computatione* 9. *C. de jure deliberandi*. Similemque fere prærogativam ei competere, qui in funus credidit, etsi nuspiam hypotheca ei data appareat, plenius a me traditum, *tit. de relig. & sumt. fun. n.* 9. & *seqq.* Inter hypothecarios privilegiati non privilegiatis, & magis privi-

legiati minus privilegiatis potiores sunt, habita non temporis sed causæ ratione. Si plures eodem gaudeant privilegio, privilegiatus contra æque privilegiatum suo non utitur privilegio, sed prior tempore potior jure est, *l. ult.* §. 1. *in fine C. h. t. nov.* 97. *c.* 3. Cum enim æque privilegiati inter se non utantur isto privilegio, non alio inter se possunt loco haberi, quam quo simplices hypothecarii privilegio destituti; cui consequens ut qui prior est tempore, etiam jure potior in hypotheca sit, arg. *l. si decreto* 2. *C. h. t. l. si & jure* 10. *l.* 11. *ff. h. t. l. cum oportet* 6. §. *ult. C. de bonis quæ liberis.* Nec huic contrarius est Paulus in *l. privilegia* 32. *ff. de reb. auctor. jud. possid. & vend.* Cum lex illa intelligenda sit de chirographariis ejusdem tituli, seu pari privilegio munitis, in quibus non temporis ratio habenda fuit, quia & chirographarii plures privilegiati ejusdem tituli suo inter se privilegio non utuntur; quo fit, ut privilegio inter ipsos cessante, considerari debeant tanquam simplices chirographarii, inter quos simplices chirographarios concursus est, licet diversitates temporis intercedant, *l. si hominem* 7. §. *ult. ff. depositi.*

17. Ordinem privilegiatorum creditorum hypothecariorum quod attinet, cunctis plenius examinatis, considerandum puto, alios esse, quibus in re tantum certa jus hypothecæ cum privilegio quæsitum est: esse ex adverso & tales, qui generalem in omnia debitoris bona hypothecam & privilegium habent, & si non semper, at saltem plerumque illos, quibus in re singulari hypotheca cum privilegio competit, in pretio ex illa re redacto præferri aliis generalem in omnia debitoris bona habentibus hypothecam privilegio prælationis munitam. Qua de causa etiam ex hoc creditorum labyrintho & tortuosis ac salebrosis Jurisconsultorum in hac materia anfractibus, non aliter felicius me evasurum credidi, quam si primo loco illos recensuerim, quibus in singulari hypotheca cum privilegio nata est, simulque, quoad ejus fieri potest, definiverim, quid juris sit, si forte plures concurrant, qui in eadem re ex causis diversis hypothecam specialem habent ac prælationem.

18. Maxime privilegiatus inter hypothecarios in re singulari hypothecam habentes, ex Jure Romano est, qui in militiam emendam credidit, addito pacto in scripturam redacto, ut in militia omnibus potior sit, adeo ut etiam ipsi mulieri de dotis restitutione contendenti praferatur, *novell.* 97. *cap. quia vero* 4. cum militiæ decus & commodum etiam ad uxorem redundet, quippe quæ mariti dignitatem sequitur, *l. fœmina* 8. *l. ult. ff. de senatoribus*, adeo ut ob id etiam uxor marito recte donet adipiscendæ dignitatis gratia, licet alioquin inter maritum & uxorem donationes reprobatæ sint, *l. quod adipiscendæ* 40. *& seqq. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Quæ an ad munera nonnulla quibusdam in locis hodie venalia produci debeant, si quis in eorum emtionem nummos cum expresso pignoris pacto in scripturam redacto, (ac forte nostris moribus coram lege loci soluta quadragesima inito) crediderit, incertum est. Negantem sententiàm amplectitur Ant. Matthæus, tum quia munera ista veteribus Romanorum militiis dissimilia sunt; tum quia illa munerum publicorum nundinatio odiosa ac contra bonos mores est; tum denique, quia novæ constitutiones, qualis est & illa de militiis pignori obligatis, non admittunt extensionem *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 22. 23. 24. 25. 26. Si tamen non conniventia quadam, sed aperta lege vel statuto, munerum quorumdam nundinationes receptæ sint, atque ita quodammodo hereditariæ factæ, ratio non est, cur non eo saltem prælationis jure gaudeat, qui in munus tale emendum credidit cum pacto solemniter interposito, ut munus illud pignori sit, quo gaudent ex jure aut more illi, qui in emtionem rerum aliarum cum expresso, & quantum ad immobilia attinet, coram lege loci solemniter celebrato pignoris pacto, ipsi instrumento traditionis immobilium inserto, crediderunt. Hos enim jure Romano ante alios emtoris creditores hypothecarios anteriorem hypothecam generalem expressam aut tacitam habentes, prælationem, & æquales cum muliere de dote contendente jus habuisse, patet ex *nov.* 97. *cap.* 3. *l. licet* 7. *C. h. t.* Carpzovius *defin. forens. par.* 1. *const.* 28. *defin.* 107. Aliter quam obtineret, si demum post solemnem rei traditionem ei, qui venditori pro emtore pretium numeravit, jus pignoris in re emta constitutum esset: cum enim eo casu dominium emtori sine onere imposito obvenerit, & ita creditoribus aliis, anteriorem generalem hypothecam ex conventione vel lege habentibus, primo acquisiti dominii momento natum fuerit pignoris jus, nec dici possit, dominium emtori aut jus hypothecæ creditoribus ex eo, quod alius simpliciter pretium emtori mutuum dedit, sed magis ex solemni venditoris traditione, quæsitum esse; consequens est, illos tanquam tempore priores etiam jure potiores esse eo, cui in pretii crediti securitatem res emta post traditionem pignori specialiter obligata est; illis saltem in locis, in quibus hypotheca generalis anterior adhuc secundum præcepta juris civilis speciali posteriore potentior est, arg. *l. quamvis* 17. *C. de pign. & hypoth. l. licet* 7. *Cod. h. t.* in verbo *statim*, Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 6. Carpzovius *defin. for. par.* 1. *constit.* 28. *defin.* 108. Nam &, si ipse venditor rem immobilem vendiderit, ac, fide de pretio habita, solemniter emtori coram lege loci tradiderit; non aliter emtoris creditoribus legalem aut conventionalem hypothecam generalem emtione vetustiorem habentibus anteponendus est, quam si in ipso solemni traditionis actu res illa emta ei pro pretio residuo solemniter devincta fuerit, quasi tunc non alia lege voluerit dominium in emtorem transferre, quam ut in re emta (quam pignoris jure pro pretio retinere potuerat, *l. Julianus* 13. *ff.* §. *offerri de act. emt.*) omnibus aliis, quibus ex acquisito per emtorem dominio jus pignoris nasci posset, potior esset, arg. *l. sed hic* 2. *ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura, l. ult. in fine Cod. de pactis inter emt. & vend. l. legem* 10. *C. de pactis.* Alioquin, hypotheca post traditionem demum constituta, venditor pretii residui intuitu tantum ex hypothecæ constitutæ tempore prærogativam sibi arrogare potest, solisque posterioribus, non item anterioribus specialem, aut generalem pari cum speciali passu ambulantem, hypothecam habentibus præferri, arg. *d. l. licet* 7. *C. h. t.* Sande *dec. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 16. *in med.* Negusantius *de pignorib. par.* 4. *princ. num.* 33. *& seqq.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 12. *n.* 4. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *n.* 49. Ant. Matthæus *de auct. lib.* 1. *c.* 19. *n.* 69. *&* 70.

19. Præterea hypothecam cum privilegio habent, qui crediderunt in refectionem ædium; uti & secun-

dum mores nostros, in navis refectionem; idque in ipsis illis ædibus navigiisque refectis, non item in ceteris domini bonis; vide latius *tit.* 2. *in quib. caus. pign. vel hypoth. n.* 28. 29. Adhæc domini prædiorum locatorum in invectis & illatis, quoties ea præcludi curaverint, *d. t.* 2. *n.* 3. & ut brevis sim, generaliter omnes illi, quos vel legibus vel moribus hypothecam in rebus singularibus aut retentionis jus habere, in *d. tit.* 2. *n.* 28. 30 31. adnotatum est. Qui proinde singuli in rebus singularibus sibi lege vel more devinctis, vel jure retentionis ante reddita impendia facta non restituendis, potiores erunt aliis tum chirographariis tum hypothecariis, utcunque hypotheca conventionali expressa vel legali sive generali sive speciali anteriore munitis (si paucos casus excipias de quibus in *seqq h. t.*) veluti dominus directus in fundo emphyteuticario pro canone aut solario, dominus antiquus in fundo censuali pro censu; venditor in prædio vendito ac tradito solemniter ea lege, ut pro pretio residuo obligatum sit; universitas agrorum aggeribus munitorum in singulis prædiis pro rata pro impensis in aggerum, molendinorum aquaticorum, aquæductuum, similiumque reparationem factis. Idemque de ceteris *tit.* 2. enumeratis judicium esto.

20. Quod si cum iis, qui crediderunt in emtionem navis aut ædificii cum expresso pacto solemniter interposito, ut domus aut navis empta pignori sit, aut fidem habuerunt de pretio domus a se venditæ cum simili solemni pignoris pacto tempore traditionis apposito, contendant illi, qui deinceps in emtæ domus aut navis crediderunt refectionem, potiores in illa navi aut domo erunt, qui in re refectionem ac conservationem ejus crediderunt, licet tempore posteriores; quia horum pecunia creditoribus anterioribus salvam fecit totius pignoris causam, *l. interdum* 5. *l.* 6. *ff. h. t.* Imo, si alii prius, alii postea crediderint in refectionem, non sine ratione contendi posset, posterius refectionis creditum potius atque potentius esse oportere, quam prius, quia & hic verum est, ex posteriore credito salvam esse causam totius pignoris, quod pro anteriore refectione jam ex lege devinctum erat, arg. *d. l.* 5. *&* 6. *ff. h. t.* Ita saltem inter eos, qui magistro navis crediderunt *op Bodemeriye*, posterius creditum priori præferri ex inveterata Hollandiæ consuetudine, tradit auctor Respons. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *cons.* 56. Roseboom *costuymen van Amsterdam c.* 52. *art.* 9. Nisi eodem in loco plures ita magistro credidissent intra continuos octo aut decem dies, quo casu eos ex consuetudine simul concurrere pro rata ad navis pretium, testatur Roseboom *d. c.* 52. *art.* 10. Quemadmodum etiam inter eos, qui diversis temporibus in ejusdem domus crediderunt refectionem, concursum esse oportere, quasi omnes in eandem crediderint causam, rei nempe conservationem, judicatum refert Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 35. Sed &, si cum eo, qui in aggeris & molendinorum ac aquæductuum similiumque refectionem credidit, disceptent domini directi pro canone vel salario, magis est, ut præferatur domino directo is qui credidit in refectionem, secundum mores nostros hypothecam legalem habens; eo quod & hic salvam credito suo fecit ipsam dominii directi causam, ex quo dependet canonis aut salarii petendi jus; arg. *d. l.* 5. *&* 6. *ff. h. t.*

21. Vidimus de privilegiatis rerum singularium pignoribus. Sunt & qui generalem hypothecam cum privilegio in omnibus debitoris bonis habent. Ita namque jure Romano mulieri pro recuperanda dote & dotis augmento a die augmenti hypotheca cum privilegio ante alios exigendi fuit, sic ut ei soli cedere debuerit qui in militiam emendam credidisset cum expresso pacto in scripturam redacto, ut militia pignori sit, ac paris fuerit juris cum eo, qui in rem emendam cum expressa pignoris conventione nummos subministravit, *novel.* 97. *c. bis consequens* 3. 4. quod & ad sponsam ac uxorem putativam porrigendum fuit arg. *l. quæsitum* 17. *§. si sponsa* 1. *ff. de reb. auct. jud. possid. l. si sponsa* 74. *ff. de jure dot. l. si cum dotem* 22. *§. ult. ff. soluto matrimon.* Et quamvis extraneis heredibus hypotheca sola, non item privilegium prælationis inter hypothecarios, competat, *§. fuerat* 29. *Inst. de auction.* liberi tamen ex eo matrimonio progeniti perinde prælationem habent, ac si mater eorum adhuc vivens ipsa egisset, adeo ut etiam ex temporis prærogativa novercæ suæ præferendi sint, nisi res ipsæ, per novercam in dotem datæ, adhuc existant in patrimonio mariti, *l. ult. §.* 1. *in fine C. h. t.* junct. *l. in rebus* 30. *C. de jure dot. nov.* 91. *cap.* 1. Negusantius *de pign. & hypoth. membro quarto partis secundæ num.* 86. Gudelinus *de jure noviss. lib.* 4. *cap.* 18. *vers. præter jus, in fine*, seu *n.* 11. D. Scmeren *de jure novercarum cap.* 8. *n.* 6. *in fin.* Quod autem dictum de hypotheca pro dotis augmento a die augmenti, id primo quidem eo pertinet, ut, si mulier anno ab hinc octavo dotem dederit, augmentum ante quatuor annos, sed si tertius ante sex annos marito crediderit in emtionem fundi Corneliani cum pacto, ut fundus ille pignori sit; mulier pro dote recuperanda primum in fundo Corneliano locum obtentura sit, dein is, qui ante sex annos in fundi illius emtionem cum expresso pignoris pacto credidit, ac tandem ex eo, quod superest ex illius fundi pretio, dotis augmentum mulieri reddatur. Sed & secundo id efficit, ut, si extraneus heres mulieris, ad quem hypothecæ quidem jus, at non privilegium ante alios hypothecarios tempore priores exigendi transit, pro dotis augmento postponi debeat omnibus illis mariti creditoribus, quibus inter primam dotem datam & dotis augmentum jus pignoris conventionalis vel legalis in bonis mariti quæsitum fuit. Pro bonis paraphernis mulieri quidem datam fuisse hypothecam a lege, ut & marito pro dote promissa exigenda, ac pro recuperanda propter nuptias donatione, *tit.* 2. *num.* 20. probatum fuit: sed privilegium ante alios exigendi nuspiam apparet in hisce concessum, ut post multos alios Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *def.* 3. Quo usque vero nostris moribus prælatio ratione dotis mulieribus supersit, jam ante *d. tit.* 2. *n.* 20. adnotatum est. Porro quibus in casibus mulier ratione dotis prælationem habet, iis & arrham sponsalitiam (*den Trouw Penning*) ei jure præcipui cessuram, in Frisia judicatum est, Sande *dec. Frisic. lib.* 2. *tit.* 2. *defin.* 8.

22. Fisco quoque agenti ex causa primipilari hypotheca cum privilegio data fuit in omnia bona ejus, qui ex causa primipilari devinctus erat, *l.* 1. *C. de condict. ex lege, l. utilitas* 3. *C. de primipilo*, nec non in bonis civium pro tributis, (in quibus nervos reipublicæ esse Ulpianus dixit *l.* 1. *§. in causa* 20. *ff. de quæstion*), præcipue quidem in ipsis prædiis tributo obnoxiis, sed tamen etiam ex jure Romano in omnibus bonis eorum, qui in tributi tum rebus tum per-

oneris impositi solutione cessarunt, *l.* 1. *C. si propter public. penit. vend. celebrata sit*, *l.* 1. *C. in quib. caus. pign. vel hypotheca tac. contrah.* Quod enim olim fiscus ex hisce causis potior fuit mulieribus de dote repetenda agentibus, adeo ut & ipsæ mulierum dotes non item parapherna, de quibus accipienda *l.* 1. *C. de privil. fisci*, in subsidium fisco tenerentur, excussis omnibus mariti & nominatorum bonis, *l. satis* 4. *C. in quib. caus. pignus tac. contrab. d. l.* 3. *C. de primipilo*, ejus illa ratio est, quod ante Justiniani tempora uxores nullam ex lege hypothecam pro dote habuerunt, sed tantum inter chirographarios prælationem. Sed ex quo per Justinianum sic aucta fuerunt jura dotium, ut & hypotheca & prælatio inter hypothecarios tributa fuerit, & uno solo in casu mulier cedere jussa fuerit, ei scilicet, qui in militiam emendam cum solemni pacto pignoris credidisset, *nov.* 97. *cap. quia vero* 4. §. *fuerat* 29. *Instit. de action.* ac denique in vindicandis ipsis rebus dotalibus existentibus creditores omnes cedere mulieri debuerint, *l. in rebus* 30. *C. de jure dot.* consequens fuit, fiscum quoque postponi mulieri de dote contendenti. Est autem causa primipilaris causa annonæ militaris, quæ olim centurioni primipili committebatur inter milites distribuenda, Cujacius ad *l.* 3. *C. de cobortalibus &c.* Confer Calvinum, in *lexico*, *verbo*, *primipilus*, licet postmodum & alii primipilares fuerint, puta Rectoris provinciæ officiales, qui ad pascendos milites ad limites provinciæ destinabantur; & omnes alimonias susceptas ad limites devehebant, *l. solita* 3. *Cod. de cobortalibus &c. l.* 5. *Cod. Theodosiani*, *de cobortalibus &c.* de quibus Jacobus Gothofredus ad *d. Cod. Theodos. in paratitlis libr.* 7. *tom.* 2. *pag.* 260. & *seqq.* Nec sine ratione interpretes ea quæ de debito ex causa primipilari dicta, ad eos extendunt, qui stipendia militum in castris procurant inter milites distribuenda, ut post alios observat Perezius *tit. Cod. de Primipilo num.* 7.

23. Quo autem Jure fiscus hodie pro tributis & oneribus ad sublevandas fisci angustias gaudeat, quoque inter creditores loco collocandus sit, difficilis determinationis est. Realium quidem onerum intuitu, quæ scilicet non personis sed prædiis ac rebus aliis imponuntur, veluti tributa prædiorum (*Verpondigen*), quadragesima ex venditionibus, vicesima hereditatum, centesima aut ducentesima realis patrimoniorum, vix dubium, quin in rebus ipsis tali tributo obnoxiis fiscus convenienter juri Romano prælationem habiturus sit. De centesima sane & ducentesima id apertissimum ex placito *Ordin. Holland.* 15. *Junii* 1673. *vol.* 3. *pag.* 1055. *column.* 2. *in med.* quod repetitum 8. *Octobr.* 1673. & 22. *Decembr.* 1673. *d. vol.* 3. *pag.* 1061. *column.* 1. De tributis prædiorum judicatum exstat in appendice decisionum *pag.* 24. *in fine*, & *pag.* 25. *post. resp. Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1. Et quamvis antea de quadragesima ex venditionibus ac oppignorationibus immobilium fisco pendenda dubitatum fuerit, ac decisum commemoretur in *d. appendice decisionum p.* 24. 25. creditores hypothecarios, jus, in quibus ante venditionem constitutum fuerat hypothecæ rei distractæ pretio potiores esse, rarius tamen est, ut nunc illa quæstio locum inveniat, dum nulla nunc alienatio immobilium aut obligatio rata est, nec solemnis traditio aut oppignoratio coram lege loci permissa, nisi postquam constiterit de quadragesimæ solutione, secundum edictum de quadragesima & vicesima, 16. *Aprilis* 1671. *art.* 28. & 32. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 1010. 1011. Pro tributis personalibus, qualia sunt *Hooft Gelt. Familie-Gelt*, *personele Quotisatien van den hondersten en andere Penningen*, *personele lasten van consumtien*, *en diergelijke*, Ultrajectinis quidem placuisse testatur Ant. Matthæus, citatis edicti Ultrajectini verbis, nullam prohis hypothecam fisco competere in bonis eorum, qui ista debent, sed tantum inter chirographarios prælationem, *de auction. libr.* 1. *cap.* 19. *num.* 16. In Hollandia tamen jus Romanum, quod generaliter pro tributis hypothecam in bonis cessantium & prælationem dedit, eo usque abrogatum non esse, patet ex parte ex iis, quæ *tit.* 2. *num.* 8. scripta sunt. Quamvis verum sit, multa nunc tributa pro rebus in antecessum ante importationem & exportationem, ut & ante delationem in domum, solvenda esse, quo fit, ut de prælatione disputatio supervacua sit; & in ceteris magis ex usu quotidiano cujusve regionis ac fori addisci, quam præceptis certis tradi posse in tanta tributorum multitudine ac variatione, quo jure fiscus in singulis tributi speciebus utatur. Confer Carpzovium *defin. for. part.* 1. *constit.* 28. *defin.* 48. Berlichium *concl. pract. part.* 1. *conclus.* 64. *n.* 106. 107.

24. Illud constat, jure Romano fiscum in bonis eorum, quibuscum contraxit, ante contractum quæsitis hypothecam quidem, at non inter hypothecarios privilegium prælationis habere; in iis vero, quæ post contractum cum fisco initum quæsita sunt, potiorem esse aliis, quibus de jure Romano generalis anterior hypotheca ex conventione vel lege data erat, sic ut hisce post quæsitis fiscus reliquos in pignoris causa prævenisse intelligatur, *l. si qui mihi* 28. *ff. de jure fisci.* Negusantius *de pignoribus quarto membro secundæ partis n.* 113. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *c.* 19. *n.* 81. 83. 84. sive vectigalia locaverit publicanis, sive aliter contraxerit, Matthæus *d. cap.* 19. *num.* 14. Nec obstat *l. ult. pr. ff. h. t.* Licet enim Antonius Matthæus *d. n.* 81. 82. 83. refutatis plerorumque responsionibus tandem ad dissensum veteres inter Jurisconsultos confugiendum putet, non tamen animadverto, cur non responderi possit, Sejam in *d. l. ult.* fisco præferri in rebus post priorem quidem obligationem Sejæ, sed tamen ante contractum cum fisco celebratum quæsitis, Titius scilicet in summam, in quam Seja ex judicio tutelæ damnatus erat, obligaverat pignori omnia bona sua præsentia ac futura; postea idem Titius a fisco mutuatus pecuniam sua ei bona pignori obnoxia reddiderat; cumque deinceps partem debiti Sejæ intulisset, & novatione facta reliquam Sejæ summam promisisset cum repetita pignoris conventione, ac inde quæreretur, *an Seja præferenda sit fisco & in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus quas post priorem obligationem acquisivit, donec universum debitum suum consequatur*; responsum fuit *nihil proponi, cur non præferenda.* Optimo sane jure; non enim propositum erat, bona fuisse quæsita post contractum cum fisco initum, sed *post priorem obligationem*; quibus verbis non obscure inclusum erat, ea bona ante contractum cum fisco initum fuisse quæsita; cum alioquin non præcise de bonis *post priorem contractum quæsitis*, sed generaliter de bonis quandocunque, etiam post contractum secundum quæ-

ptis, quæstio formanda fuisset: & ideo Scævola simpliciter ac paucis respondens ad quæstionem, uti formata erat, ait, nihil in ea fuisse propositum, cur Seja non sit præferenda. Nec recte *d. legem* 28, *ff. de jure fisci*, superius adductam, explicueris de casu, quo debitor jam ante contraxerat cum fisco, ac postea sua bona, quæ habet habiturusve esset, privato obligaverat. Quamvis enim Ulpianus in *d. l.* 28. testetur, id, quod ex Papiniano proposuerat, etiam lege constitutum fuisse, & in *l.* 2. *C. de privil. fisci* rescripserit, *jus fisci causam uxoris prævenisse* (formula eadem, quæ in d. l. 26.) si priusquam mariti res uxori obligarentur, maritus cum fisco contraxerit, sed si post bona uxori pro dote obligata maritus rationibus fisci cœperit obligatus esse, in ejus bona cessare privilegium fisci; non tamen existimandum est, ad hanc legem respexisse Ulpianum, cum id, quod in *d. l.* 28. tradiderat, etiam *constitutum* asserit. Primo enim inspicienti d. legem 28. patebit facile, verba ejus ita concepta esse, ut non nisi magna ac violenta cum detorsione capi possint de fisco, qui ante constitutum privato pignus contraxerit, cum dicatur *si, qui mihi obligaverat &c.* (in præterito plus quam perfecto) *cum fisco contraxerit &c.* (in præterito perfecto, ut loquuntur) & proprietas verborum exigat, ut prius factum intelligatur, quod verbo temporis *plus quam perfecti*, quam quod verbo *temporis perfecti*, factum narretur, sed & secundo, si cum fisco prius contractum statuas in d. l. 28. inepta prorsus esset restricta illa legis definitio, *in re postea acquisita fiscum potiorem esse*; cum utique ex jure hypothecæ legalis, tempore prioris, fiscus non modo in rebus postea quæsitis, sed & in ante quæsitis, debuisset potior esse illis, quibus postea bona omnia præsentia ac futura obligata fuerant. Ac proinde verum quidem est, si cum fisco contraxerit maritus, priusquam sua bona uxori pro dote obligavit, fiscum in omnibus mariti bonis sive ante sive post contractum cum fisco initum quæsitis, potiorem esse, quia anterioris hypothecæ jure munitus erat; verum quoque ex adverso, si demum post constitutum pro dote pignus contraxerit cum fisco maritus, fiscus in bonis antea uxori pro dote devinctis, privilegium prælationis exercere non potuisse, juxta *d. l.* 2. *C. de privil. fisci*, sed id non impedit, quo minus fiscus, qui post constitutum uxori a marito pignus pro dote, contraxerat cum eodem marito, prælationem habeat ante mulierem in bonis mariti, post initum demum cum fisco contractum quæsitis, ut habet *d. l.* 28.

25. Ut autem hæc Romani juris definitio hodie nullum potest habere dubium illis in locis, in quibus hypothecæ generales conventionales anteriores cedunt specialibus conventionalibus posterioribus & generalibus legalibus, quippe in quibus fiscus etiam in bonis ante contractum cum fisco initum quæsitis, ac generaliter per conventionem antea privato creditori devinctis potior nunc esse debet ex hypothecæ legalis obligatione; ita utilitatem & usum adhuc plenissimum obtinet, si cum fisco alii concurrant hypothecam generalem anteriorem ex lege, aut specialem ex conventione habentes, uti & posita juris Romani dispositione de generali hypotheca conventionali speciali hypothecæ circa prælationem exæquata, & quibusdam in locis (veluti Amstelodami, & in Diœcesi Ultrajectina respectu bonorum eodem sub judice sitorum) etiamnum servata. Unde, si pupilli ratione tutelæ administratæ concurrant in bonis tutoris cum fisco ex contractu agente, dicendum foret, in bonis post contractum quæsitis fiscum pupillis anteponi oportere, non item in bonis ante quæsitis, quoties tutelæ delatio antiquior est contractu fiscali. Considerandum enim, pupillis, minoribus, civitatibus, ecclesiis, orphanotrophiis, similibusque, quin & ipsi fisco, in bonis tutorum curatorum & administratorum jure Romano ac moribus hypothecam quidem legalem competere, uti id ex iis, quæ *tit.* 2. *num.* 8. dicta, apertum est; sed privilegium prælationis inter hypothecarios, quod non ex tempore sed causa æstimandum foret, nuspiam legibus civilibus tributum, aut moribus nostris vel statutis inductum esse. Jure certe civili fisco non aliam quam ex tempore inter hypothecarios prærogativam competiisse, evidens est ex *l. si pignus* 8. *ff. h. t. l. res, quæ* 22. §. *res autem* 2. *ff. de jure fisci*, *l. quamvis* 2. *C. de privilegio fisci*, uti & ex eo, quod jure singulari fiscus in bonis eorum, quibuscum contraxit, post contractum quæsitis prælatus fuit, ut ante traditum ex *l. si, quis mihi* 28. *ff. de jure fisci*, qualis exceptio firmat regulam in casibus non exceptis. Cumque tale in fisco jus sit, & pupillorum non melior quam fisci debeat esse conditio, quippe qui ne legalem quidem alioquin hypothecam habent in bonis eorum quibuscum contraxerunt, & ita minore, quam fiscus, favore gaudent, consequens est, ut ratione bonorum tam ante quam post susceptam tutelam per tutores quæsitorum solam habeant ex tempore, non ex causa, prælationem. Quod enim pupillis similibusque subinde in Pandectis *privilegium* tribuitur, *l. dabimusque* 19. §. 1. & *ll. seqq. ff. de reb. auct. jud. possid.* id ad jus vetus pertinet, secundum quod pupillis nulla legalis hypotheca, sed tantum privilegium inter chirographarios competebat, ut latius probavi *t.* 2. *n.* 19. cui privilegio non tam addita per Principum posteriorum constitutiones legalis hypotheca, quam potius in ejus locum surrogata fuit. Unde, cum olim pupilli omnibus hypothecariis, etiam tempore posterioribus, cedere deberent, jure posteriori cum iisdem concurrere cœperunt, & ex temporis prærogativa sibi locum vindicavere. Nec quemquam turbare debet, quod fisco privilegium videatur tribui in *l. quamvis* 2. *C. de privileg. fisci*, *l. quod quis navis* 34. *ff. de reb. auctorit. jud. possid.* Etenim in *l.* 2. per privilegium nil nisi jus hypothecæ, per modum privilegii fisco a lege concessæ, designari, ex ipsius legis verbis manifestum est. Et in *l.* 34. proprie non fisco, sed credenti in navim fabricandam aut instruendam privilegium tribuitur, quippe qui dicitur *habere privilegium post fiscum*; id est, venit post fiscum, quia fiscus hypothecam habet, quam non habet in navem credens, sed tantum dimissis hypothecariis, inter chirographarios prælationem. Stantque pro hac sententia Cujacius *in paratit. l. C. de privil. fisci.* Costadius *ad l. ult. ff. h. t.* Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 19. *num.* 42. 43. 44.

26. Quod si statutis quædam enumeratio fiat personarum aut causarum privilegiatarum, non præcise eo intelligi debent ordine potiores, quo recensiti sunt; nec alii, qui non enumerati, censendi sunt privilegio aut prælatione destituti, cum illos ex jure communi privilegiatos esse, in aperto esset; nisi ex cir-

cumstantiis, aut verbis taxativis alia statuentium mens colligatur, cum alioquin præsumendum magis sit, exempli tantum causa quorundam mentionem factam esse, ac potius voluisse statuentes se juris communis conformare decisioni, dum id per eos abrogatum non apparet. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 21. *num.* 19. 33. 34. Confer Carpzovium *defin. forens. part.* 1. *constit.* 28. *defin.* 12.

27. Ceterum in creditoribus hypothecariis simplicibus qui prior tempore est, potior est jure; *l. si decreto* 2. *C. h. t. si permittente* 4. *C. ad Senatusc. Maced. l.* 2. *l. creditor* 12. §. *ult. ff. h. t.* non tantum in re principali sibi oppignorata, sed & in accessionibus ejus, quatenus illas simul devinctas intelligi, *tit.* 1. *num.* 3. 4. 5. dictum fuit; idque tam usurarum quam sortis intuitu, si modo in usuras quoque pignus obligatum sit; licet post obligationem secundam alteri factam demum cesserit dies usurarum, quæ priori accedunt obligationi, *l. creditor* 3. §. 1. *l. Lucius Titius* 18. *ff. h. t.* junct. *l. solutum* 11. §. *si in sortem* 3. *ff. de pignorat. act. l. grege* 13. §. *ult. ff. de pignor. & hypoth.* Quod si obligationi principali stipulatio pœnæ subjuncta fuerit, non in fraudem usurarum legitimarum, & in hanc quoque pignus nominatim obligatum sit, etiam pœnæ intuitu prælatio ex tempore tribuenda foret, *l. grege* 13. §. *ult. ff. de pign. & hypoth.* uti & ratione impensarum, si quas urgente necessitate creditor in pignus fecerit, adeo ut hæ in summa debiti simul computandæ sint, sive propter possessiones pignori datas ad collationes viarum muniendarum, sive ad quodlibet aliud obsequium necessarium præstitisse creditorem constiterit, *l. in summa* 6. *C. de pignor. & hypoth.* sive alias in pignoris conservationem necessario erogatum sit, arg. *l. si necessarias* 8. *l. si servis* 45. *ff. de pignorat. act. l. creditor* 7. *in fine C. hoc tit.* Nostris tamen moribus circa usuras magis placuit, non omnium annorum, sed tantum triennii intuitu prælationem dari, pro reliquis annis non nisi cum chirographariis simplicibus concursum esse; ne alioquin creditores anteriores cum posteriorum detrimento nimium in exigendis usuris negligentes essent, atque ita posterioribus in dies suum extenuaretur, ac tandem in nihilum abiret, pignoris jus; nisi pro usuris ulterioris temporis, quarum dies jam cesserat ante pignoris constitutionem, pignus solemniter obligatum inveniatur. Groenewegen *ad l.* 18. *ff. h. t.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 21. *num.* 11. Excipiunt quoque nonnulli usuras pretii residui, Mollerus *semestrium lib.* 1. *cap.* 28. & eas, quas fidejussor una cum sorte solvit pro debitore; Mævius *ad jus Lubecens. lib.* 3. *tit.* 1. *art.* 12. *num.* 28. Sed sine fundamento; cum fidejussor plus juris pro usurarum a se solutarum recuperatione habere non debeat, quam is, cui solvit, & in cujus locum quodammodo subintravit, & venditor pretii intuitu, de quo fidem habuit, in creditum abiisse intelligatur, atque ita vere desierit pretium, qua tale, debitum esse, arg. *l. procuratori* 5. §. *sed si dedi* 18. *ff. de tribut. actione.* Amstelodami tamen non nisi pro sesquiennii usuris in pignore creditor prælationem habet *Willekeuren van Amsterdam, derde deel* 1. *boek. tit.* 34. *num.* 6. *pag.* 290. *col.* 2. Lubecensi quoque jure non nisi unius anni usuras prælationem habere cum ipsa sorte, testatur Mævius *ad jus Lubecense libr.* 3. *tit.* 1. *art.* 12. *num.* 79. & 80. Quid, quod ne triennii quidem aut temporis alterius brevioris statutis definiti usuræ prælationis jure gaudent, quotiens earum intuitu novatio facta est, dum in stipulationem deductæ aut in cautionem scriptam ad instar sortis, relatæ sunt, cum certum sit, novatione perimi jus pignoris, quoties illud non nominatim repetitum est, *l. solutum* 11. §. *novata* 1. *ff. de pignorat. act. l. novatione* 18. *ff. de novation.*

28. Nihil autem interest quantum ad hanc regulam, qua prior tempore jure potior est, utrum expressa sit hypotheca, an tacita; nam & tacitam seu legalem anteriorem præferri posteriori, patet ex *l. cum oportet* 6. §. *ult. C. de bonis quæ liberis, l. etiam* 15. *ff. h. t.* & arg. *l. ult.* §. 1. *in fine C. h. t.* Appendix decisionum *post Respons. Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 22. *fere in med.* & tacitam seu legalem non privilegiatam posteriorem cedere conventionali speciali antiquiori uti vice versa, conventionalis posterior antiquiori legali, alibi dictum est. Adde Ant. Matthæum *de auction. libr.* 1. *cap.* 19. *n.* 46. Sed & in pignore judiciali temporis prærogativa servatur, ut potior sit, in cujus gratiam post rem judicatam pignus in causa judicati ex auctoritate ejus, qui jubere potuit, prius captum est, *l. si & jure* 19. *ff. h. t.* sive quæstio sit cum aliis, quibus postea itidem judiciale pignus quæsitum fuit, sive alterius generis pignus recentius constitutum sit. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 59. & 62. Confer Mævium *de arrestis cap.* 19. *num.* 26. & *seqq.* & de nostris moribus Groenewegium *ad d. l.* 10 Quin imo, licet in pignore prætorio, quod ex missione in possessionem a prætore factam nascitur, non prosit temporis prioritas, in quantum postea missi rei servandæ causa concurrunt cum prioribus itidem rei servandæ causa missis, ac legatorum nomine prius missi cum illis, qui itidem legatorum nomine postea demum venerunt in possessionem, *l. cum unus* 12. *ff. de reb. auctor. jud. possid. l. is cui* 5. §. *si plures* 2. & 3. *ff. ut in possess. legat. causa esse liceat*; tamen, si alius judiciale vel conventionale vel legale pignus habeat, potior erit illis, quibus post demum ex missione pignus natum est; uti vice versa potiores erunt a prætore missi, si post missionem alius ex lege vel conventione vel judicati exsequendi causa captis rebus hypothecam adeptus sit; *l. si decreto* 2. *C. h. t. l. si postquam* 3. *C. ut in possess. legat.* Denique jure Romano in generali quoque hypotheca regulæ locus est, ut nempe generalem habens anteriorem præferatur habenti tum generalem posteriorem tum specialem posteriorem, nisi generalis anterior tantum in subsidium constituta sit, *l. qui generaliter* 2. *ff. h. t. l. quamvis* 2. *C. de pignor. & hypoth. l. si generaliter* 6. *C. h. t.* Nec dubium, quin & nostris moribus generalis anterior conventionalis potior sit generali posteriore, quæ itidem ex conventione coram lege loci inducta est, adeoque generale pignus idem operetur circa generalia, quod speciale circa specialia, *Politike Ordonnantie van Holl. anno* 1580. *art.* 35. *in fine*, sive bona ante primam pignoris constitutionem, sive inter primam & secundam, sive etiam post solemnem demum secundam hypothecæ conventionem debitori quæsita sint. Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 16. & 25. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *n.* 44. 45. quod & Negusantio placuit, aliisque ab eo citatis, *de pignoribus membro secundo quintæ partis*

29. An autem generalis anterior conventionalis præferatur generali legali posteriori, vel speciali conventionali posteriori, tum in immobilibus tum in mobilibus, colligendum ex iis, quæ *tit.* 1. *num.* 15. 16. dicta sunt.

29. Ceterum non ex dierum tantum, sed & horarum distantia prælatio in pignore censenda est; cum leges generaliter loquantur, ac definiant, tempore priorem jure potiorem esse, nullam adhibentes inter annos, menses dies aut horas distinctionem, ut proinde sufficiat, unam obligationem pignoris aliquo tempore perceptibili antiquiorem esse. Bachovius *de pignoribus libr.* 4. *cap.* 1. *num.* 4. Andr. Gayl *lib.* 2. *observ.* 25. *num.* 3. Tuldenus *ad tit. C. qui pot. in pign. n.* 2. Joachimus a Beust *ad l. admonendi de jurejurando pag. mihi* 659. Quod si duobus simul res eadem pignori obligata fuerit, magis est, ut simul in eam rem concurrant pro rata debiti, sive res illa tempore obligationis fuerit in bonis obligatis, sive postea demum ei quæratur, *l. idemque* 7. §. *ult. ff. h. t. l. si fundus* 16. §. *si duo pariter* 8. *ff. de pignor. & hypothec.* Donellus *de pignoribus. cap.* 12. *vers. ex quibus intelligi.* Idemque est, si duobus separatim res eadem eodem die devincta sit, nec appareat, utri prius jus hypothecæ sit constitutum, *d. l.* 16. §. 8. *in fine ff. de pign & hyp.* quod & non apparere videtur, cum uni obligationis instrumento hora invenitur inserta, alteri non, nec quicquam de hujus hora probatur. Tuldenus *d. n.* 2. Bachovius *d. lib.* 4. *cap.* 1. *n.* 5. *Plane si quis insulam, locatam vendiderit, ac pactus sit, prioris anni pensionem sibi, sequentium pensiones emtori cessuras, pignorumque ab inquilino datorum jus utrumque secuturum,* deinde vero pignora ad utramque pensionem non sufficiant, verisimile est, id actum ut primam quamque pensionem pignorum causa sequatur, atque ita jus omnium pignorum primum pertineat ad venditorem, *l. insulam* 13. *ff. h. t.* Sed &, si ex nostris moribus hypotheca in immobilibus eodem die coram eodem judice creditoribus duobus separatim constituta sit, is prior tempore intelligitur, cujus hypotheca loco priore in acta publica relata apparet, arg. *l. si quis habens* 24. *ff. qui & a quibus manumiss. liberi non fiant.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 16. *ante med.* Negusantius *de pignoribus secundo membro quintæ partis num.* 45. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 66. & 72. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *c.* 11. *n.* 8.

30. Quia vero non pure tantum, sed & sub conditione hypotheca constitui potest, ac non modo pure pro debito puro, sed & pure pro debito ex conditione vel die suspenso; sciendum ante omnia est, tunc, cum hypothecæ conditio invenitur apposita, non ex tempore existentis conditionis, sed magis ex hypothecæ constitutæ die prælationem competere, adeo ut is, cui sub conditione vel ex die res obligata est, potior sit futuris eo, cui pendente eadem conditione jus pignoris eadem in re pure constitutum fuit *l. creditor* 12. §. *si primus.* 2. *in fine ff. h. t. l. grege* 13. §. *si sub conditione* 5. *in fine ff. de pign. & hypoth.* arg. *l. &* *quæ* 15. *in pr. l. si fundus* 16. §. *aliena* 7 *ff. de pign. & hypoth.* junct. *l. si non dominus* 14. *ff. h. t.* Donellus *de pignorib. cap.* 12. *versu, unde num idem,* Carpzovius *defin. for. par.* 1. *constit.* 28. *defin.* 100. Negusantius *membro primo quintæ n.* 14. Sed & secundo observandum, non existentis diei aut conditionis, principali obligationi adjectæ, sed hypothecæ constitutæ tempus inspiciendum esse, si modo ea principali obligationi inveniatur apposita, quæ invito debitore impleri potest, *l. qui balneum* 9. §. *amplius* 1. *ff. h. t.* Qua ratione si heres ob ea legata, quæ sub conditione data erant, de pignore rei suæ convenisset, &, cum postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedisset, deinde conditio legatorum extiterit, tuendum eum, cui prius pignus datum esset, responsum fuit, *l. qui balneum* 9. §. *sed & si* 2. *ff. h. t.* Idemque in pignore legali, quod jure novo legatariis in bona defuncti competit, statuendum esse, patet ex iis, quæ *tit.* 2. *n.* 21. 22. alibique dicta sunt. Similiter, si sub conditione stipulatione facta hypotheca data sit, qua pendente alius credidit pure, & eandem accepit hypothecam, tunc deinde stipulationis prioris existat conditio, potior non erit, qui postea credidit; quia in his similibusque aliis casibus conditio existens perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset, *l. potior est* 11. §. *videamus* 1. *ff. h. t.* Nec dubium, quin, quæ de debito ex conditione suspenso & hypotheca munito dicta sunt, etiam longe magis obtineant, si pro debito in diem veluti pro pensionibus ædium aut fundorum in futurum exsolvendi pignus constitutum sit, & ante diei existentiam alteri idem pignus pro puro debito pure obligetur, *l. qui balneum* 9. *pr. ff. h. t.* arg. *l. quæsitum est* 14. *ff. de pign. & hypoth.* Quod si ex adverso ea obligationis, cui dies aut conditio adjecta fuit, natura sit, ut invito debitore nasci nequeat, contra dicendum fuerit, eum potiorem fore, cui pignus tempore posteriore pro debito puro constitutum, antequam conditio prioris obligationis extitisset; veluti, si cum alio ante convenerit, *ut, si ab eo pecunia acciperetur, res ei obligata esset: vel alius pignus acceperit ad eam summam, quam intra certum diem numeratus esset,* & forte prius, quam numeraretur, alii res pignori data sit: poterat enim is, qui ita priori pignus obligaverat, non accipere ab eo pecuniam, ac sua habebat in potestate, an accipiendo se ei obstringat, adeoque eo invito neque conditio impleri potuisset, neque debitum nasci, *l.* 1. §. 1. *l. qui balneum* 9. §. *amplius* 1. *l. potior* 11. *pr. ff. h. t.* junct. *l. qui pecuniam* 30. *ff. de rebus creditis, l. pen. ff. quæ res pignori &c. data oblig. non poss.* Quin imo ante numerationem tempore medio neque pura neque conditionalis obligatio principalis suberat, sed tantum spes fore, ut principaliter contraheretur; ac proinde necesse erat, pignus quoque inane esse; quippe quod sine pura aut conditionali obligatione præcedente subsistere non poterat, *l.* 2. *C. pignoris conventionem numeratio pecuniæ secuta non fuerit.* Ex quo fundamento etiam ab Hollandiæ Jurisconsultis responsum fuit, domo coram lege loci obligata per cauponem pro cerevisiis aut vinis incertis, quæ in futurum per œnopolam aut cerevisiarium cauponi venderentur aut traderentur, non nisi ex tempore, quo vini aut cerevisiæ venditio atque traditio secuta fuit, nasci pro rata hypotheca jus & prælationem, Resp. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 291. & *par.* 4. *consil.* 134. Quanquam secundum recentiora Hollandiæ edicta non videatur hypotheca talis pro debito incerto contrahendo firmitatem habitura in immobilibus, nisi certa quantitatis in futurum in obligationem deducendæ facta designatione etiam quadragesima istius quantitatis fisco de-

pensa fuerit, *dict. Ordin. Holl.* 5. *Febr.* 1665. *vol.* 3. *pag.* 1005. quod & *tit.* 1. adnotatum est. Nec supra dictis adversatur responsum Papiniani in *l.* 1. *pr. ff. h. t.* cum ibi facti species proponatur, qua alius pro muliere dotem promiserat, & cum dote reddi pactus esset, in restitutionis securitatem pignus a marito constitutum fuerat; quo casu, licet prima facie videri posset, in arbitrio mariti esse, an & quo usque dotem accipiendo velit de dote reddenda obligatus esse, exemplo ejus, cui pecunia ex mutuo numeranda erat; contra tamen placuit, eum non posse dotem promissam non acceptare; neque enim marito permittendum erat id efficere, ut mulier minus dotata sit, atque ita non suo tantum juri (uti quidem in pecunia ex mutuo numeranda) sed & uxoris favori renunciare: unde, cum hæc obligatio talis esset, ut & invito marito nasci posset, merito ex ipso pignoris constituti momento jus prælationis pro dote tributum fuit. Donellus *de pignoribus cap.* 12. *vers. prioris autem generis.*

31. Diximus hactenus, qui potiores sint, si pluribus res eadem a domino hypothecæ obligata fuerit. Quod si priori a non domino pignus devinctum sit, posteriori autem illud ipsum ab eodem, sed jam domino facto, adhuc prior potior est: eo quod ipso primo dominii acquisiti momento firmatum priori fuit pignoris jus, *l. creditor acceptis* 3. §. *cum ex* 1. *ff. h. t.* arg. *l. si a Titio* 2. *ff. de except. rei vend. & trad.* Plane, si utroque tempore, & cum primo, & cum secundo creditori jus pignoris constituebatur, debitor constituens dominus non fuerit, sed postea demum dominium adeptus sit, videndum, utrum obligans habuerit jus possessionis & Publicianam in rem actionem, an vero sine justo titulo ac bona fide rem nactus etiam usucapiendi facultate ac Publiciana destitutus fuerit. Si enim justo titulo & bona fide rem ita consecutus sit, ut usucapere potuerit, is, cui priori rem ita possessam obligavit, potior erit. Nam etsi proprietatem obligare debitor non potuerit, potuit tamen jus possessionis fictumque dominium, ex quo ei Publiciana competebat; eo modo, quo & fructuarius recte suum obligat jus ususfructus juxta *l. si is, qui bona* 11. §. *ususfructus* 2. *ff. de pignor. & hypoth.* cui consequens erat, eum quoque, cui priori jus pignoris in ipso illo possessionis jure constitutum erat, ex tempore prælationem habere; quippe quem ita tunc prætor tuetur per Servianam, uti debitorem per Publicianam, *l. si ab eo* 18. *ff. de pign. & hypoth.* Et ad hunc casum, quo debitor Publicianam habuit, restringendum, quod simplicius a Paulo traditum, *si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pignoraverit, priorem potiorem esse, l. si non dominus* 14. *ff. h. t.* quod & a Gothofredo innuitur *in notis ad d. l.* 14. Cumque ista ratio, superius adducta, non militet in casu, quo duo rem ab eodem non domino emerunt, aliove quo titulo ad acquirendum dominium idoneo adepti sunt, nemo me mihi contrarium arbitrari debet, cum ad *tit. de Publiciana in rem act. num.* 6. scripsi, eum in Publiciana potiorem esse, qui possideat, etiam cum ab eodem non domino uterque emit. Sane enim in Publiciana nemo actionem & jus suum ex jure auctoris, a quo rem nactus est, sed ex suo tantum capite metitur, si scilicet ipse justo titulo ac bona fide rem ita adeptus sit, ut usucapere possit; ac proinde, si posterior justo emtionis titulo ac bona fide & usucapiendi facultate æque munitus inveniatur ac prior, fas erat, eum in pari causa ex possessione potiorem esse. At in pignore creditoris jus ac potestas æstimatur ex jure debitoris; unde, cum debitor creditori priori jus pignoris prius constituisset in re, in qua jus possessionis ac fictum seu prætorium dominium habebat, etiam ex temporis prærogativa potiorem eum esse oportere, regula in pignoribus probata suadet. Aliud dicendum foret, si debitor rem alienam, cujus intuitu Publicianam non habebat, alio atque alio tempore duobus obligaverit: tunc enim magis est, ut, acquisito deinceps per obligantem dominio, neuter potior esse, sed pro rata concurrere debeat. Nam cum, initio inspecto, neutri creditori quicquam obligatum fuerit, debitore nullum dominii aut possessionis jus habente in re illa singulari, quam specialiter obligavit; acquisito deinceps per debitorem dominio, jus pignoris utrique creditori eodem momento firmatum fuit, incipiens res duobus, in solidum singulis, eodem momento devincta esse: quo casu eos ad pignoris pretium pro rata concursuros, supra dictum est *num.* 8. Hac ita quoties ab eodem non domino res eadem duobus oppignorata est diversis temporibus; si vero a diversis non dominis id factum sit, meliorem possidentis conditionem esse, Paulus respondit in *l. si non dominus* 14. *ff. h. t.* Cujus ea ratio est, quia, ubi a diversis non dominis pignus duobus constitutum est, uterque in ea incipit causa esse, ut ita prætor eum tueatur, uti debitorem, qui pignori obligaverat, tuiturus esset, arg. *d. l.* 18. *ff. de pignor. & hypoth.* atqui, si duo diversis temporibus rem justo titulo & bona fide nacti sint, potiorem possessoris causam esse, in *tit. de Publiciana actione n.* 7. dictum fuit.

32. Quamvis autem, novatione debiti principalis interposita, etiam pignoris vinculum ipso jure evanescat, *l. novatione* 18. *ff. de novation. l. solutum* 11. §. *novata* 1. *ff. de pignorat. act.* tamen si novationis tempore pignus repetitum fuerit, superioris temporis ordo creditori manet, perinde ac si in suum ipse locum successisset, idque ratione ejusdem quantitatis ac rerum earundem, quæ priori obligatione comprehensæ erant: non item in quantum debitum auctum, aut alia prioribus pignora adjecta sunt, *l. creditor* 3. *pr. l. creditor, qui* 12. §. *Papinianus* 5. *ff. h. t.* junct. *d. l.* 11. §. 1. *ff. de pignorat. act.* Gothofredus *ad d. l.* 3. Cujacius *lib.* 11. *observ.* 32. *in pr.* Neostadius *Curia Holland. decis.* 9. *versu, daar ook by gevoegt.* Negusantius *tertio membro partis sextæ n.* 7. Andr. Gayl *lib.* 2. *observ.* 30. *num.* 10. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 21. *n.* 23. 24.

33. Non tamen tempore prior jure potior est, si prior consenserit in obligationem pignoris posteriori faciendam, *d. l. creditor, qui* 12. §. *si tecum* 4. *ff. h. t.* Nec si prior callide apud creditorem secundum dissimulaverit suum pignoris jus; quod multis adstruit Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 86. Nec denique si priori per privatum tantum instrumentum, tribus testibus haud munitum, posteriori vero per publicum, aut privatum quidem, sed trium testium fide firmatum, hypotheca constituta sit, *l. scripturas* 11. *C. h. t.* quæ, quo usque apud nos locum habeant; ex iis, quæ *tit.* 1. dicta sunt, petendum est.

34. Altera tituli parte de iis agitur, qui in hypothecariorum priorum locum succedunt: circa quos sciendum est; hypothecarios quidem creditores posteriores priori etiam invito ac reluctanti offerre potui-

id, quod ei erat debitum, atque ita in prioris dimissi locum successisse tum sortis tum usurarum intuitu, etiamsi in istam successionem debitor haud consentiret, *l.* 1. *l. prior* 5. *l. diversis* 8. *l. cum tibi* 10. *C. h. t. l. secundus* 22. *C. de pignor. & hypothecis*, *l. potior* 11. §. *ult. l. creditor* 12. §. *sciendum* 6. & 9. *ff. h. t. l. ult. C. de his qui in priorum creditorum locum succedunt.* Reliquos quod attinet sive debitoris ejusdem chirographarii creditores sint, sive plane extranei, quibus nihil debetur, offerendo creditori hypothecario id, quod ei debitum, in jus ejus non aliter succedunt, quam si conventione inter offerentem & debitorem, vel offerentem & creditorem interposita, nominatim id actum fuerit, ut in hypothecarii sua pecunia dimissi locum subintrent, *d. l. creditor* 12. §. a *Titio* 8. *ff. h. t. l. Aristo* 3. *ff. quæ res pignori oblig. non poss. l.* 1. 2. 3. *C. de his qui in priorum credit. locum succedunt*, *l. cum alter* 11. *C. de fidejussoribus*, aut publica judicis auctoritate jus pignoris in eum, cujus pecunia creditor hypothecarius dimissus est, transcriptum fuerit, *l. si eum* 3. *l. ult. C. de privilegio fisci.* Licet enim regulariter illud inter creditores hypothecarios posteriores & alios sive chirographarios sive plane extraneos intersit, quod hypothecarii posteriores invitis prioribus offerre potuerint, ut supra dictum, alii vero non nisi creditore aut debitore consentiente in id, ut offerens in jus pignoris creditoris hypothecarii dimissi succedat, dum conventione opus est, quæ consensum requirit atque supponit, *l. nulla sibi* 5. *C. de solution.* tamen, si quis pro fiscali debitore fisco solverit, impetrare poterit, in se transcribi pignoris jus: idque fisci favore sic videtur constitutum, ut tanto magis unusquisque ad debita fiscalia fisco pro debitore fiscali solvenda invitetur, arg. *d. l.* 3. & *l. ult. C. de privil. fisci*, ac de illo pignoris transcripti casu accipiendum Antonini rescriptum in *l.* 2. *C. de his qui in prior. credit. locum succed.* Sed &, si chirographarius, vel extraneus qui creditor non erat, pignus possidens, ac hypothecaria per creditores hypothecarios conveniatur, audiendus est, si his suum creditum exsolvens, jus pignoris in se transcribi desideret; ita pariter sibi suam firmans possessionem, *l. mulier* 19. *ff. h. t. l. Paulus* 12. §. 1. *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvitur*, Adde *n.* 5. *ff. h. t.*

35. Habuerunt autem oblationes hæ, per posteriorem hypothecarium anteriori etiam invito factæ, iniquitatem quandam, sed & pariter necessitatem. Iniquitatem quidem in eo, quod summa prudentia ac providentia creditori anteriori quæsitum pignoris jus in crediti & usurarum securitatem, eidem auferebatur, atque ita, quo quis felicius sibi de hypotheca sufficiente prospexerat, eo facilius ab ea per factam a creditore posteriore oblationem depellebatur, non sibi sed aliis vigilando proficiens. Necessitatem vero, quia creditor secundus non poterat, invito priore, pignus efficaciter distrahere, nisi oblatione debiti priori facta, *l. diversis* 8. *C. h. t.* Sed cum nostris moribus creditor posterior invito priore recte desideret faciendam solemniter pignoris distractionem, etiam cessat hactenus illud offerendi jus, ne invito creditori anteriori fiat ad transferendam in pignore prælationem, licet de cetero ex conventione inter primum & secundum creditorem, vel etiam inter creditorem hypothecarium & eum qui creditor tantum chirographarius vel nullo modo creditor sed plane extraneus est, id agi possit, ut crediti pariter ac pignoris & prælationis jus in eum transeat, cujus pecunia hypothecarius dimissus est; si modo immobilium intuitu coram lege loci solemnis fiat cessio crediti hypothecarii, quadragesima debiti apud nos & aliis in locis viciniis fisco illata, *Edict. Ordin. Holl.* 16. *Aprilis* 1671. *art.* 3. & *seqq. vol.* 3. *pag.* 1008. & *seqq.* Groenewegen *ad l.* 1. *C. h. t.* An autem actione cessa præter jus hypothecæ etiam alia privilegia in cessionarium transeant, & qualia, dictum *tit. de hered. vel act. vendita num.* 12.

36. Post hypothecarios creditores chirographarii sequuntur, inter quos etiam privilegiatus non privilegiato, & magis privilegiatus minus privilegiato præfertur. Qua ratione is, qui in funus credidit, iis præfertur, qui in navim reficiendam crediderunt, arg. *l. pen. ff. de religiosis*, & hi rursus alii simplicibus chirographariis privilegio destitutis, *l. quod quis navis* 34. *ff. de reb. auctorit. jud. possidend.* (de quibus alibi latius). Si plures æque privilegiati seu ejusdem tituli creditores sint, concurrunt, licet diversitates temporis intercedant: cum enim privilegiatus contra æque privilegiatum suo non utatur privilegio, perinde jus inter ipsos obtinet, ac si simplices chirographarii essent: in quibus nulla ex tempore prærogativa locum habet, sed cum prius credentibus posteriores concurrunt, *l. privilegia* 32. *ff. de rebus auctorit. jud. possid. l. si hominem* 7. §. *ult. ff. depositi*, Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 28. *defin.* 12. *in fine*, Berlichius *part.* 1. *conclus. pract.* 64. *n.* 123. & 130. Vigentque chirographariorum privilegia tantum adversus eos, qui necdum debita exegerunt: nam qui debitum consecuti sunt, cum non essent privilegiati, privilegiatis nihil restituunt; cum id extraordinario jure soli fisco datum sit, *l. pecunia* 5. *C. de privilegio fisci*, & non ita per privilegium personale bona debitorum sint affecta, atque quidem per hypothecam arg. *l. quod autem* 6. §. *sciendum* 7. *ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.* nisi, instante utroque creditore tum privilegiato, tum non privilegiato, debitor non privilegiato solverit, arg. *l. si non expedierit* 6. §. *ult. ff. de reb. auctorit. jud. possidendis*, aut creditores privilegiati jam litem moverint, ac ea pendente solutio non privilegiatis fiat, *l. ex facto* 52. §. *ult. ff. de peculio.*

37. Porro inter chirographarios procul dubio privilegiati sunt, quibus jus retentionis ex lege vel more competit, donec sibi satisfactum fuerit, de quibus alibi actum est. Civitates quoque, licet in bonis eorum, quibuscum contraxerunt, hypothecam non habeant, inter chirographarios tamen privilegio munitæ sunt, ut dictum *tit.* 2. *n.* 26. Sed & famuli ac ancillæ plerisque in locis præter jus Romanum privilegium habent ratione mercedis, si eo tempore, quo dominus moritur aut foro cedit, eidem cohabitent, nec mercedis jam debitæ usuras pacti sint. Confer Carpzovium *defin. for. part.* 1. *const.* 28. *defin.* 24. 25. 33. Mævium *ad jus Lubecense lib.* 3. *tit.* 1. *art.* 11. *n.* 56. & *seqq.* Berlichium *part.* 1. *conclus.* 64. *num.* 65. & *seqq.* Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *cap.* 20. *n.* 6. Adhæc dominis pecuniæ per furtum ablatæ in res per furem ex pecunia furtiva comparatas, vel in pretium inde redigendum, prælationem inter Chirographarios adjudicatam fuisse, Neostadius commemorat *Curia Holl. dec.* 19. *versu, Nopende het twede Point* & *Curia supr. decis.* 36. Quæ sententia uti ab

æquitate magnopere commendabilis est, ita, si secundum Romani juris principia ad examen penitius revocanda foret, difficilius defendi posset; cum eo jure res ex pecunia mea comparata mea non fiat, sed nuda mihi personalis actio supersit, quoties non nominatim aliud per modum exceptionis a regula ac ex privilegio cautum invenitur, ut id rebus ex pecunia furtiva comparatis cautum non est, quod plenius exsequitur Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 18. *n.* 10. Denique si alii ex oneroso titulo, alii vero ex lucrativo, veluti ex donatione per stipulationem aut pactum celebrata creditores sint, non aliter his id, quod debetur, videtur tribuendum, quod si prius simplices omnes ex causa onerosa chirographarii dimissi sint, cum plus favendum sit repetitioni ejus ex quo quis alioquin damnum passurus esset, quam adventitio lucro, *l. non debet* 41. §. 1. *ff. de reg. juris*, arg. *l. ult.* §. *sin vero* 5. *in fine C. de jur. deliber.* Et sane, si revocanda sint, quæ ex titulo lucrativo jam alienata atque translata erant in donatarios, quoties id in fraudem creditorum factum apparet, dum in pari causa melior est conditio agentium de damno evitando, quam eorum qui de lucro captando contendunt, *l. quod autem* 6. §. *simili modo* 11. *ff. quæ in fraud. creditor. facta sunt ut restit.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 12. *defin.* 29. 30. longe magis re integra, seu necdum translato in donatarium dominio creditoribus de damno evitando ex causa onerosa agentibus prælatio vindicanda est, Mævius ad *jus Lubec. lib.* 1. *tit.* 9. *art.* 1. *num.* 4. *& seqq.* nisi donatio remuneratoria sit; quatenus officii atque beneficii præstiti ac per antidora remunerandi mensuram haud egreditur, Mævius *d. loco num.* 7. vel dotis promissio sit ei facta, qui in bona fide est, quippe quo casu, cum dos detur ad sustinenda matrimonii onera, dotis datio aut promissio onerosis potius quam lucrativis titulis accensetur, dum indotatam ducturus non fuisset, *l. ult.* §. 1. *in fine ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.*

38. In quæstione, cujus loci statuta in prælatione tum hypothecariorum tum chirographariorum privilegio munitorum spectari debeant, dicendum videtur secundum fundamenta generalia *in tit. de const. Princip.* parte altera, *de statutis* proposita, in mobilibus debitoris bonis illum observari oportere prælationis ordinem, qui in loco domicilii debitoris probatus est; tum quia mobilia omnia, ubicunque existentia, illic domino suo præsentia esse intelliguntur, ac propterea isto quoque jure regenda sunt; tum quia creditores omnes, qui sequi in agendo debent forum rei, etiam maxime locum domicilii in contrahendo respexisse videtur, quippe in quo præcipue debitor, velut in foro præprimis competente, conveniendus est; tum denique quia, si leges vel loci in quo contractum est, vel fori in quo de creditorum prælatione ac concursu disputatur, observandas censueris, aut inexplicabilibus te difficultatibus implicaturus es, aut ad notabiles delapsurus absurditates. Etenim, si contractuum singulorum loca spectari debere contendas, explicari non poterit, quid fieri debeat, si in Hollandia, Frisia, Anglia, Italia, Hispania diversi per eundem debitorem contractus initi sint, quarum regionum unaquæque diversis ex parte, quin & subinde contrariis de protopraxia legibus utitur, dum in Anglia aut Hollandia contrahentes ex legibus Anglicanis aut Hollandicis præferri desiderabit ei, qui in Frisia contraxit; hic vero ex Frisiæ legis contrariis potior esse velit eo, qui in Hollandia vel Anglia effecit sibi devinctum debitorem. Quod si locum, ubi mobilia proscribuntur, & judicium concursus inter creditores agitatur, spectandum existimes, quasi distributio pecuniarum inter creditores pars & sequela executionis sit, (posito, quod alibi, quam in loco domicilii postremi debitoris obærati mobilia vendi & iis de protopraxia agitari possit, cujus contrarium apud nos tunc obtinere, supra *h. t. num.* 12. dictum est) absurdum illud inde sequeretur, quod tunc non mobilium tantum sed & immobilium intuitu leges loci, in quo judicium de protopraxia agitatur, observandæ forent; cum non minus distributio pecuniæ ex immobilibus, quam ex mobilibus redactæ, dici deberet executionis sequela aut pars; atque ita fieret, immobilia non ex lege situs regi, sed incerti juris subesse dispositioni, prout in hoc vel illo loco, diversis juribus utente, contentio fuerit inter creditores instituta de prælatione. Quin imo, posito illo jure, quod judicium universale concursus creditorum in eo loco ventilari debeat, in quo debitor, cum moreretur aut foro cederet, domicilium habuit, esse in arbitrio debitoris positum, ut migrando de loco in locum creditores non privilegiatos efficeret privilegiatos, hypothecam legalem faceret aliis nasci, aliis interire, prout aliud atque contrarium domicilii prioris aut rei sitæ legibus jus in novissimi domicilii loco viguerit: quod in immobilibus loco certo alligatis, nec arbitrio domini situm mutantibus, ferendum non est; sed potius (cum jam ad immobilia nos deduxerit ratiocinium) in immobilium pretio inter creditores secundum cujusque privilegium distribuendo servandæ erunt leges locorum illorum, in quibus immobilia singula existunt, idque convenienter regulæ in *tit. de const. Princip.* parte altera, de *statut. n.* 12. firmatæ, ac dictanti, immobilia regenda esse jure loci, in quo sita sunt. Confer Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *cap.* 21. *n.* 38. *& seqq.*

TITULUS V.

De distractione Pignorum & Hypothecarum.

SUMMARIA.

1. *Quando creditor possit pignus vendere? Quando secundus creditor, cui pignus pignori datum est? An pignus obligatum pro debito annua bima trima die solvendo, vendere liceat, si primæ pensionis intuitu mora facta sit? prorogato termino solutionis debiti principalis etiam differenda venditio pignoris pro illo debito obligati.*
2. *An pignoris venditio impediri possit ex eo, quod parum restet solvendum? an debitoris denunciatione, aut pœnæ comminatione, aut prohibitione testamento facta, ne res alienetur extra familiam, an intercessione per secundum hypothecarium facta? An decreto opus, si vendenda sit res, quæ vel pupillo vel a pupillo pignori obligata est?*
3. *An ipse debitor possit pignus emere? & quid, si emerit? An, & quando creditor possit emere pignus jure Romano ac moribus?*
4. *Si plures res simul obligatæ sint, creditor eligit, quam vendere velit. An generalem & specialem*

habens hypothecam vendere possit res generaliter obligatas ante speciale pignus distractum?

5. *Quæ solemnia adhibenda fuerint in pignoris venditione?*

6. *An valeat venditio pignoris privatim facta, si id pacto actum sit: cum debitor postea id non pateretur, vel aliorum creditorum interesset, ne id fiat?*

7. *An venditio & subsecuta addictio valeat, si solemnia quædam omissa sint, vel decretum a non competente judice sit interpositum, vel debitori nulla ante venditionem denunciatio facta sit? Et an tunc cum pretio etiam usuræ sint emtori reddendæ?*

8. *Quid juris, si solemnia quidem observata sint, sed vel is vendiderit, qui non habebat vendendi jus, vel, cum id haberet, in vendendo fraudulenter versatus sit? Et quid si apparitores dolo rem viliori vendiderint? Quid moribus?*

9. *Si fidejussor pignus emerit, vel secundus creditor ab antiquiore, potuit jure Romano debitor reddito pretio pignus ab emtore avocare. Non item moribus Hollandiæ. An venditioni pignoris potuerit apponi pactum, ut intra certum tempus redimere liceat? Quid moribus? An infirmanda venditio pignoris ad obtinendam solutionem fiduciariam facta, si condemnatus deinde per definitivam absolvatur?*

10. *Si pignus solemniter extraneo venditum ac traditum sit, is dominium acquirit, & vindicare rem potest; nec a debitore vel cæteris creditoribus inquietari potest; nec a creditore vendente, licet is ex alia causa agere vellet. Si antiquior creditor privatim a debitore pignus emerit, per reliquos creditores ei pignus evinci potest; sed tunc ipsi primo reviviscit suum pignus & prælationis jus. Quid juris si primus & secundus creditor simul privatim pignus emerint?*

11. *Si posterior creditor pignus vendat, prior contra emtorem hypothecaria agere potuit, paucis casibus exceptis. Hodie agit contra eos, ad quos pretium pervenit, maxime si tempore judicii concursus inter creditores debiti conditio adhuc pependerit, et ob id debitum quidem indicatum, sed solutio obtenta non sit.*

12. *An pignora vendenda sint parata pecunia? An debitor liberetur, sit creditor ab emtore pretium consequi nequeat? An pignus iterum periculo primi emtoris vendi? quid moribus, si auctionarius pretium mobilium consequi nequeat? quid si auctionarius vel curator bonis datus fugerit cum pretio?*

13. *De jure dominii a Principe impetrando, si pignus emtorem non inveniat. An illud moribus adhuc in usu sit?*

1. SI debitor non solvat creditori quod debet, liberum est creditori, non primo tantum, sed & secundo, cui pignus pignori datum est, pignus distrahere, si modo primus debitor in mora sit: hoc enim in mora non existente ratione pignoris, dum vel pignus ipsum vel principale debitum tantum sub conditione, quæ nondum extitit, contractum est, uti tunc primo creditori necdum distrahendi facultas nata est, ita nec secundo, qui jus omne suum ex primi creditoris jure metitur, arg. *lib.* 1. *C. si pignus pignori datum sit*, junct. *l. grege* 13. §. *si sub* 5 *ff. de pignor. et hypoth.* Ut tamen vel trina denuntiatio præmitti debeat, facienda debitori, antequam ad pignoris venditionem procedatur, secundum distinctionem quæ est in *l. si convenit* 4. *ff. de pignor. act. l. credi. or* 4 *C. h. t.* de qua plenius actum *tit. de pignor. et hypoth. num.* 21. 22. qua trina vel una denunciatione interposita, etsi quibusdam placuerit, integro adhuc biennio expectandum esse, antequam ad pignoris venditionem procedatur; tamen aliis rectius visum, mox licite fieri distractionem, ac in *l. ult. C. de jure domin. impetr.* non venditioni, sed impetrationi dominii biennium præscriptuum esse, ut videri potest apud Donellum *de pign. cap.* 10. *circa med.* Brunnemannum *ad l. ult. C. de jure domin. impetr. in fine*, aliosque ibidem citatos; frustra dissentiente cum aliis Bachovio de *pign. lib.* 3. *cap.* 23. *n.* 5. Si debitum annua bima trima die solvendum sit, & pro eo pignus datum cum pacto ut distrahere liceat debito non soluto, post moram in prima pensione solvenda commissam procedere licet ad pignoris venditionem, etiam necdum secundæ tertiæque pensionis dies venerit: licet enim una obligatio sit, tamen quia solutio in partes divisa est, & lapso unoquoque anno pars peti potest, §. *at si ita* 5. *Instit. de verbor. oblig. l. si legatum* 3. *ff. de annuis legatis*, imo lapsus ipse diei pro homine interpellat, *l. magnam* 12. *C. de contrah. & emitt. stipul.* atque ita post anni primi lapsum debitor incepit in mora esse, *l. lecta* 40. *ff. de reb. creditis*, sequitur ob moram talem ad pignoris distractionem jure perveniri; quod & Pomponius voluit in *l. si necessarias* 8. §. *si annua* 3. *in fine ff. de pign. act.* cum scripsit, *sed ita scriptum sit, si qua pecunia sua die soluta non erit, statim competere pacti conventionem*, ut scilicet pignus vendere liceat. Nec repugnant verba priora in *d. l.* 8. §. 3. proposita; eo quod in illis non regula continetur, sed ob verba quædam peculiaria, quibus pactum de pignoris vendendi licentia comprehensum erat, responsio & definitio a generalibus juris fundamentis deflectens ac pacti istius verbis accommodata proponitur: ait enim, *si annua bima trima die triginta stipulatus, acceperim pignus, pactusque sim,* ut nisi sua quaque die pecunia soluta esset, vendere eam mihi liceret, *placet, antequam omnium pensionum dies veniret, non posse me pignus vendere, quia eis verbis omnes pensiones demonstrarentur.* Adde Groenewegen *ad d. l.* 8. §. 3. Si pacto certum tempus insertum sit, intra quod non secuta debiti solutione pignus vendere liceret, deinceps autem novo pacto solvendæ pecuniæ dies proferatur, convenisse videtur, ne prius vendendi pignoris potestas exerceatur, *l. cum solvenda* 4. *ff. h. t. l. solvitur* 5. §. 1. *ff. quib. mod. pign. vel hyp. solv.*

2. Hanc vero pignoris venditionem non impedit, quod non multum restet exsolvendum, & res vendenda magni pretii sit, *l.* 2. *C. debitorem venditionem pign. impedire non posse l. quamdiu C. h. t.* ut ut tamen hic æquitati locus esse debeat, si forte ex fructibus aut pensionibus rei obligatæ propediem refici possit exiguum illud, quod in debito remansit, arg. *l.* 1. *C. h. t.* vide Resp. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *cons.* 42. Similiter nec prohibitio per debitorem testamento facta, ne res alienetur extra familiam; aut denunciatio debitoris ne vendatur; aut pœnæ comminatio, ut res fisco cedat, si vendita sit, vendendi licentiam

creditori aufert; cum per talia jus creditoris diminui aut deterius fieri non possit, *l.* 1. *C. debitorem venditionem pignoris impedire non posse*, *l. filiusfamilias* 114. §. *divi* 14. *ff. de legatis*. Sed nec creditoris hypothecarii posterioris intercessio; quippe cui per debiti offerendi licentiam, etiam invito hypothecario anteriori, abunde consultum fuit, ut titulo præcedente dictum. Nec denique venditionis licentia impeditur ex eo, quod res distrahenda vel pupillaris est, vel pupillo obligata; usque adeo, ut de rigore juris ne decreto quidem opus sit. Licet enim tutius agere dicatur creditor, si ad alienationem rei pignoratæ ad pupillum pertinentis ac legitimo modo obligatæ, decretum impetret, tamen simul additur, posse creditorem jus suum exequi, *l. si pupillorum* 7. §. *si pupillus ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura &c.* Et merito, cum frustra videatur implorari decretum, ubi id petenti non potest denegari, arg. *l. pen. C. de prædiis & aliis reb. minor.* Sane si pupillus ipse, auctore tutore, non sibi obligatam velit distrahere, decreto opus non est. Si enim pupillus rem non suam, sed testatoris propriam, fideicommisso restituere rogatus, facere restitutionem possit sine decreto, quia testator dominus ita præcepit, *l. magis puto* 5. §. *si fundus* 4. *ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura*, longe magis ei rem sibi pignori datam sine decreto distrahendi facultas asserenda est; tum, quia debitor quoque pignoris dominus expresse vel tacite distractionem permittit; tum quia per restitutionem ex causa fideicommissi recedit a pupillo restituente dominium temporarium; cum ex adverso per pignoris venditionem nihil ei pereat, sed magis ipse effectum pignoris, in quem illud datum erat, consequatur. Qua ratione nec per consilium causa manumissionis probanda est, quando minor annis viginti consentit in servi sibi obligati manumissionem, *l. si pater* 4. §. *ult. ff. de manumissis vindicta*, cum ex adverso proprii servi manumissio non nisi causa apud consilium probata secundum legem Æliam Sentiam potuerit expediri, §. *eadem* 4. *Inst. quib. ex causis manumit. non licet.*

3. Quamvis autem quilibet regulariter ad distrahendi pignoris emtionem admitti possit, non tamen ipse debitor qui pignus dedit, eo quod nulla rei suæ emtio est; adeo ut, si minoris emerit quam erat in debito, & pignus petat, aut dominium vindicet, ei non totum debitum restituenti creditor possessionem restituere non cogatur, omniaque in integro maneant creditori, *l. debitor a creditore* 40. *pr. ff. de pignor. act. l. si debitor* 39. *ff. de contrah. emt. vend. l. neque pignus* 45. *ff. de reg. juris.* Nec ei contrarium est, quod a Paulo traditum in *l. si mandavero tibi* 22. §. *sibi* 3. *ff. mandati*, cum illic non quæratur principaliter, an emtio subsistat, qua debitor per interpositam personam pignus a se datum emerat, sed potius, an inter debitorem ipsum & interpositam ad emendum pignus personam subsistere potuerit mandati judicium; ac respondetur, mandatum intelligi, licet, quantum ad meram rationem, mandatum non constiterit, quia id, quod mandatum erat, emtio nempe rei suæ, in persona debitoris inutile ac nullum erat; ut proinde lex illa sententiam nostram firmare magis quam subvertere videatur; licet alii contra sentiant, ut videri potest apud Ant. Matthæum de *auction. lib.* 1. *cap.* 10. *n.* 10. Sed nec creditor ad emtionem pignoris recte accedit, ac ne per interpositam quidem personam; cum is ipse plerumque fuerit, qui pignus vendit; nemo autem a semet ipso emere queat, & simul emtor ac venditor esse. Plane, si debitore vendente creditor pignus comparaverit, consensu perfectam venditionem revocari per debitorem, exemplo grave, cum jam alius emtor alius venditor appareat, *l. & qui sub* 10. *C. h. t. l. Titius, cum* 34. *ff. de pignor. act. l. rescriptum*, 12. *pr. ff. h. t.* (ut tamen secundus creditor pignus avocare adhuc possit creditori primo, cui debitor pignus vendiderat, si ei offerat totum, quod ei est debitum a debitore, *l.* 1. *C. si antiquior creditor pignus vendiderit*). Idemque est, si judicati exsequendi causa magistratus judiciale pignus vendat; cum enim tunc non per eum, qui judicatum fieri postulavit, sed per officium seu apparitorem ejus, qui venditionem decrevit, res venundari soleant, nulla ratio est, cur non cum aliis ipse quoque creditor ad licitationem, ad instar extranei admittatur, *l. cum in causa* 2. *C. si in causa judicati pignus captum sit.* Cumque moribus nostris pignus omne conventionale eodem modo distrahendum sit, quo judiciale, quatenus creditor a judice petere debet, probato pignoris jure, pignus illud per judicis sententiam pronunciari executabile (ut loquuntur) pro debito consequens est, nunc promiscue a pignoris emtione creditores hypothecarios non esse depellendos, utcunque ipsi petierint distractionem, Groenewegen ad *l.* 10. *C. h. t.*

4. Si plures res creditori uni pignori obligatæ sint, creditoris electio est, qua re distracta ad suum velit commodum pervenire, *l. creditoris* 8. *ff. h. t.* An autem is, qui & generalem & specialem hypothecam habet, ante excussam specialem hypothecam bona quædam generaliter obligata distrahere possit, *tit.* 1. *n.* 15. 16. dictum est.

5. Facienda distractio pignorum solemniter, auctione publica, *l.* 1. *l. ult. C. de jure domin. impetrando*, *l. quæ specialiter* 9. *C. h. tit.* præmissa proscriptione in celeberrimis civitatis locis, maxime si immobilia sint, populo per præconem die auctionis convocato, hasta etiam plerumque posita; ac adhibita licitatione, adjectione, & addictione plus licitanti facta. Quæ solemnia pluribus exsequitur ac ex probatis firmat auctoribus Brissonius *select. antiquit. libr.* 3. *cap.* 8. & *de formulis lib.* 6. *pag. mihi* 510. 511. Carolus Sigonius *de antiquo jure civium Romanorum lib.* 1. *cap.* 11. *post med. vers. jus auctionis*, & *lib.* 2. *cap.* 11. *vers. ad argentariorum*, præcipue Ant. Matthæus *de auction. l.* 1. *cap.* 2. *n.* 7. & *seqq.* Et quæ hodie ad solemnem pignorum venditionem requirantur, ex usu magis cujusque fori, quam certis præceptis disci potest.

6. Qualiscunque autem lege municipali aut usu inveterato inductus fuerit pignoris vendendi modus, is servandus est, nec ab eo privatis creditorum ac debitorum conventionibus recedi potest, aut ordo mutari. Unde, si pacto id actum fuerit, ut creditori liceat auctoritate privata pignus vendere, tamen non nisi auctione publica ex judicis decreto id recte fiet, quoties aut debitor venditionem privatim ex pacto fieri non patitur, aut aliorum creditorum hypothecariorum interest, ne quid tale fiat; quippe quibus jus suum venditione privata non periret, sed vel emtio nulla foret, vel res cum suo onere emtori quæreretur, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 89. quæ incipit *Carolus*, Groenewegen *ad* §. 1. *Inst. quib. alienare licet vel non.*

Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 3. *n.* 11. *in fine,* & *cap.* 16. *n.* 14. 15.

7. Quod si solemnia quædam in pignorum distinctione prætermissa sint, sive dolo sive errore, si quidem notabiliora sint, sic ut ob eorumdem omissionem res vilioris distracta fuerit, non modo debitor, sed & creditores, quorum interest pluris rem vendi, ab illo additionis decreto appellare possunt, ad id, ut additione priore rescissa, nova permittatur licitatio novaque addictio sequatur, aut etiam sine nova licitatione res addicatur ei, cui, cum plus obtulisset alius minus offerens in addicendo prælatus fuit, arg. *l. duplex ratio* 2. *C. de fide & jure hastæ fiscalis*. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 13. Quin imo, ipso jure nulla erit venditio atque addictio, si vel ex judicis incompetentis decreto facta sit, vel sine prævii denunciationibus domino debitori faciendis interposita, adeo ut res vendita cum fructibus & omni causa vero domino restituenda sit, ac creditor, qui pretium accepit, illud emtori reddere teneatur, velut indebite acceptum, una cum usuris non a tempore solutionis, sed ex quo litis contestatio facta est; tum quia condictione indebiti usuræ ejus, quod indebite solutum, peti nequeunt, *l.* 1. *C. de condict. indeb.* tum quia nostris moribus regulariter usuræ officio judicis non nisi a tempore litis contestatæ adjudicari solent, ut dicetur *t. de usuris*. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 100. Respons. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 3. *consil.* 334. *revera* 234. *pag.* 672. & *seqq.* Sed & aliis pluribus ex causis decretum subhastationis & addictionis nullum esse, pluribus exsequitur Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 2. & *multis seqq.*

8. Non idem per omnia dicendum, si solemnia venditionis ex lege vel more observata quidem fuerint, sed tamen alia ratione in vendendo peccatum sit; dum vel is vendidit, qui non habebat vendendi jus, vel is, cui jus vendendi quæsitum erat, fraudulenter in distrahendo versatus est. Nam si is vendiderit, qui non habebat vendendi jus, inutilis jure Romano habebatur venditio, nec ullum debitori domino inferebat præjudicium; nisi tantum a venditione interposita elapsum fuisset temporis spatium, quo usucapio per leges impleta habebatur; quo casu veteri domino adversus creditorem vendentem actio danda erat, *l. servos* 2. *C. si vendito pignore agatur*, arg. *l.* 1. *C. de commun. rer. alienat.* Caruisse autem intelligitur vendendi jure non ille tantum, qui nullum habuit in re vendita hypothecæ jus, sed & qui, cum pignoris vinculo res ei teneretur, venditionem ad finem perduxit, postquam ei a debitore vel ab alio pro debitore solutio legitimo modo oblata esset, ac ipse eam recusasset acceptare, *l.* 2. *C. debitorem vendit. pign. imped. non posse*, *l. si residuum* 5. *C. h. t. de distract. pign.* arg. *l. ult. C. si antiquior creditor pign. vendid.* Sin ex adverso vendendi jus habens, dum & pignus ei constitutum & in solvendo mora continuata est, fraudulenter in distrahendo versatus sit, venditio quidem subsistit ac rata manet, sed debitor contra vendentem ob dolum agere potest ad id quod interest, fraudem in vendendo haud intervenisse, *l.* 1. *C. si vendito pignore agatur*, *l. si cessante* 7. *C. h. t.* Qua ratione etiam apparitores pignora judicati exsequendi causa capientes ac distrahentes, actione doli teneri domino rerum, quoties dolo eas viliori pretio projecerunt, Ulpianus auctor est, *l. si pignora* 50. *ff. de evictión.* quemadmodum & creditori, cujus negotia gerere videntur, actione negotiorum gestorum, *l. ait prætor* 3. §. *si venditor* 8. *ff. de negot. gestis*. Adde *tit. de dolo malo n.* 22. Quod, & in subsidium, quando dominus ex bonis creditoris aut apparitoris dolosi, jam ad id quod interest damnati, indemnis servari nequit, emtor cogi potest, ut res cum fructibus restituat debitori, recepto pretio cum usuris; præcipue quidem, si & emtor fraudis particeps fuerit, *d. l.* 1. *l. cum contra* 4. *C. si vendito pign. agatur*, sed tamen & tunc, cum in bona fide hæsit, ut generaliter rescriptum in *l. si uxor* 3. *C. si vendito pign. agatur*, quo tamen casu de fructibus eum non teneri, magis placuit. Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 20. *defin.* 5. Joh. Papon *lib.* 18. *tit.* 5. *art.* 27. Idemque est, si fisco pro debitis fiscalibus bona debitorum distrahente apparitores ea viliori pretio ex gratia vendiderint, *l. duplex ratio* 2. *C. de fide & jure hastæ fiscalis*, *l. si quos debitorum* 10. *C. de rescind. vend.* Sed cum difficulter moribus hastæ fiscalis fides convelli soleat, magis est, ut nec his in casibus, quibus vel is vendidit, qui vere non habebat vendendi jus, vel creditores aut apparitores dolum in vendendo adhibuerunt, ac solvendo non sunt, venditio infirmari debeat; cum utique debitori liberum, imo necesse fuerit, sese opponere venditioni per eum petitæ, cui distrahendi facultas nata non est, vel ante addictionem arguere dolum creditoris aut apparitoris, vel saltem ab interposito addictionis decreto propter adhibitam apparitoris aut creditoris fraudem appellare, nisi et emtor fraudis particeps fuerit; cum alioquin ne restitutio quidem ex capite doli adversus tertium, qui dolo caruit, implorari queat, ut dictum *tit. de dolo num.* 10. Confer *tit. de resc. vend. num.* 16.

9. Et hoc ipsum, quod nempe difficilius nunc rescindantur addictiones in auctionibus publicis ex decreto factæ, quam quidem de jure Romano, ex aliis quoque manifestum est. Nam, cum jure civili debitor post plenam in actione publica pignoris venditionem seu addictionem, ac subsecutam traditionem, potuisset emtori offerendo pretium cum usuris recuperare pignus, si non extraneus, sed fidejussor, qui pro eodem debito intercesserat vel secundus creditor, ab antiquiore pignus emisset, vel antiquiori obtulisset debitum, atque ita quodammodo pignus comparasset; quasi fidejussor, ut bonam fidem præstet, non tam emere & sibi negotium gerere debuerit, quam potius debitori, pro quo fidem interposuit, atque ita tum fidejussor tum creditor posterior non tam dominii acquirendi quam pignoris aut crediti servandi causa pecuniam dedisse ac pignora suscepisse viderentur, *l.* 1. *C. de dolo*, *l. si mandat.* 59. §. 1. *ff. mandati*, *l. cum secundus* 5. §. 1. *l.* 6. *ff. h. t.* (quod & in Frisia adhuc servatur. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 18.) nostris tamen moribus neque fidejussor neque creditor, qui auctione publica pignus comparavit, illud pretio recepto restituere debitori compellendus est, Groenewegen *ad l.* 1. *C. de dolo*, & *ad l.* 6. *ff. h. t.* Et quamvis jure Romano creditori licuerit distractioni pignoris pactum adjicere, de re vendita sibi aut debitori restituenda, si ipse aut debitor intra certum tempus pretium reddiderit, adeo ut vi talis pacti debitor vel suo nomine agere potuerit oblata pecunia ad restitutionem, perinde ac si ipse vendidisset & pactus esset, vel saltem a creditore petere, sibi cedi actionem ubi sibi ipsi credi-

tor pacto servaverat pignoris redimendi facultatem, *l. si creditor* 7. *pr.* & §. 1. *ff. h. t. l. si, cum venderet* 13. *ff de pignor. act.* tamen, cum hodie pignora conventionalia eodem modo distrahantur ex decreto judicis, quo judicialia, & hæc æque Romano ac hodierno jure divendantur sineulla redhibendi conditione dum omnia omitti debent, quibus emtores absterreri possent, ac venditio difficilior effici, atque ita deterius reddi creditorum jus; consequens est, nec ea ratione emtores ab emtione, semel per addictionem solennem impleta, depelli posse per factam a debitore pretii oblationem. Quæ adeo vera sunt, ut, si fiduciariæ solutionis per interlocutoriam sententiam decretæ intuitu pignora capta atque distracta fuerint, ac deinde per definitivam interlocutoria revocetur, ne tum quidem emtori a debitore pignus emtum auferri possit oblato pretio, sed sufficere debeat vincenti per definitivam, quod adversus victum ad soluti & ejus quod interest restitutionem agere ex cautione possit: eo quod ad distractionis validitatem sufficit, eum rite condemnatum esse, ita post Ant. Fabrum *C. lib.* 8. *tit.* 17. *defin.* 25. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 50.

10 Illud Romano & hodierno juri commune est, quod, si antiquior ac jure potior creditor pignus sollemniter extraneo vendiderit, aut decreto judicis per apparitores distrahi curaverit, extraneus ille emtor neque per debitorem, neque per creditores tempore posteriores aut jure debiliores, ullam oblato pretio soluto pati teneatur emtæ rei oblationem, sed plenissimo & irrevocabili jure dominus fiat, *l. cum prior* 3. *ff. h. t. l.* 1. 2. *C. si antiquior cred. pign. vendid. l. si generaliter* 6. *C. qui pot. in pign.* & contra possessores quoscunque possit in rem actionem exercere, *l. obligatis* 15. *C. h. t.* nec vinci, si conveniatur de proprietate, si modo debitor dominus fuerit, *l. qui a creditore* 18. *C. h. t.* junct. *l. si is* 10. *ff. h. t.* vel ipse creditor, qui vendidit, ejusdem rei ex alia causa vellet quæstionem movere, *l.* & *si is* 10. *ff. h. t.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 18. Uti ex adverso, si creditor antiquior pignus non auctione publica sed privatim a debitore comparaverit, liberum reliquis est adversus eum hypothecaria agere, & pignus evincere perinde ac si extraneo debitor pignus vendidisset, *l.* 1. *C. si antiquior cred. pignor. vend.* Quo tamen casu creditori antiquiori, cui jam per emtionem domino facto desierat res pignori esse, dum rei suæ pignus non subsistit, jus suum pignoris cum prælatione ita reviviscit, quasi nulla pignoris emtio intervenisset; cum etiam re ipsa emtio per hypothecariam a posteriore intentatam & evictionem subsecutam hactenus infirmetur, atque ita eventus docuerit, revocabile tantum dominium creditori primo fuisse quæsitum; quo fit, ut ablato domino pristina jura redintegrentur, *d. l.* 1. *C. si antiquior cred. pign. vend. l. pen.* §. 1. *ff. de except. rei judicatæ*, eoque faciunt, quæ de juribus post retractum emtori reviviscentibus dicta *tit. de lege commissor. num.* 28. *in fine.* Christinæus *vol.* 4. *decis.* 162. Tiraquellus *de retract. gentil.* §. 1. *gloss.* 7. *n.* 70. Matthæus de afflictis *decis.* 16. *Responsa jurisc. Holl. par.* 1. *consil.* 281. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 14. *num.* 11. Secus quam obtineret, si & antiquior & posterior creditor simul una emtione emissent privatim a debitore prædium sibi obligatum; tunc enim alter in alterum nullam haberet actionem, quia consensum mutuo venditioni dedisse intelliguntur & juri pignoris renunciasse, *l. Titius* 9. *ff. quib. mod. pign. vel hyp. solv.*

11. Quod si posterior creditor hypothecarius pignora distraxerit, prior ac jure potior nullam contra posteriorem creditorem de pretio ex pignorum venditione redacto actionem habuit, sed tantum contra tertios pignorum possessores hypothecaria experiri jus civile ei permisit; eo quod pecunia ex pignore redacta pignori obligata non est, nec in judiciis particularibus in locum rei succedit, *l.* 1. *ff. h. t.* juncta *l. idemque* 7. §. *si tibi* 1. *in fine ff. qui pot. in pign. l. qui vas* 48. §. *ult. ff. de furtis*, nisi heres sub beneficio inventarii adita hereditate distraxisset, & creditores jura debiliora habentes ex pretio dimisisset, *l. ult.* §. *sin vero* 5. & 6. *C. de jure deliberandi*, vel fisco tanquam creditori potiori debitum esset, *l. pecunia* 5. *C. de privil. fisci*, *l. deferre* 18. §. *ult. l.* 19. 20. 21. *ff. de jure fisci.* Sed cum hodiernis moribus omnis venditio pignorum conventionalium ac legalium æque ac judicialium ex decreto judicis solemniter facienda sit, & pretium inde redactum non aliter creditoribus cedat, quam si caverint de restituendo, ubi alii emerserint potiora jura habentes, atque ita pretium auctoritate publica surrogetur in locum rei, magis est, ut nunc emtores addictione fideque publica muniti inquietari nequeant per eos, qui se in pignore potiores esse contendunt sed vi cautionis adversus creditores posteriores ex pretio dimissos agendum sit, quoties justa subest excusatio, cur non maturius ac re adhuc integra de jure suo experti fuerint, qui se ajunt potiores esse, Groenewegen *ad l.* 13. *Cod. de eviction.* & *ad tit. C. si vendito pignore agatur.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 10. *n.* 9. *in fine*, vel quoties conditio debiti aut hypothecæ constitutæ adhuc in pendenti est eo tempore, quo inter creditores de prælatione sententia fertur, vel in casum evictionis, quæ necdum secuta est, fundus pignori obligatus est, cum his in casibus tantum jus suum ex conditione suspensum denunciare interim creditor possit ac debeat, tempore eo, quo de prælatione disputatur, ac neutiquam impetrare debiti ex conditione etiamnum suspensi & adhuc incerti solutionem. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 97. (*vel* 96.) *quæ incipit, Guilielmus.* Tiraquellus *de retractu gentil.* §. 1. *gloss.* 10. *n.* 45. Adde *tit. de judiciis n.* 28.

12. Licet autem regulariter parata pecunia pignora distrahenda sint, adeo ut, emtore pretium non solvente, iterata fieri possit ejusdem rei venditio periculo primi emtoris, *l. a divo Pio* 15. §. *sed si emtor* 7. *ff. de re judicata*, junct. *l. si fundus* 4. §. *pen. ff. de lege commissoria*, potuit tamen creditor pignus vendens fidem emtori habere de pretio, si aliter bonis conditionibus res emtorem non inveniret, arg. *l. eleganter* 24. §. *si vendiderit* 2. *ff. de pign. act. l. quæsitum* 9. *ff. h. t.* eo modo, quo & in casum evictionis duplum repromittere, si ob id pluris pignus distrahendum esset, *l. si pignore* 22. §. *ult. ff. de pignorat. act.* Si tamen creditor deinceps ab emtore pretium consequi nequeat, nec culpæ possit argui, debitor adhuc obligatus manet, quia ex necessitate facta venditio non liberat debitorem, nisi pecunia percepta, *d. l. quæsitum* 9. *ff. h. t.* Plane si nostris ex moribus auctione publica res mobiles per auctionarium, seu præconem distractæ sint, ac is pretium ab

emtore non exegerit, periculum neque creditoris, sed ipsius auctionarii est; quippe qui imputare sibi debet, quod emtoris fidem secutus fuerit, nec rem pro pretio retinuerit, aut idoneos ab eo exegerit fidejussores, quod variis statutis cautum docet Ant. Matthaeus *de auction. lib.* 1. *cap.* 15. *n.* 11. Subjungens *n.* 12. creditorum periculum fore, si vel auctionarius vel curator bonis datus cum pecuniis exactis fugerit, aut alias solvendo non sit.

13. Si pignus vendendum emtorem non inveniat, totoque biennio sic venale fuerit habitum, petitur & impetratur deinceps per creditorem a Principe, non magistratu, *eleganter* 24. *pr. ff. de pignor. act. l. si is, qui* 63. §. *ult. ff. de acquir. rer. domin.* (licet olim in pignore judiciali etiam praetoribus ea potestas videatur data ex rescriptis Imperatorum, *l. a Divo Pio* 15. §. *si pignora* 3. *ff. de re judicata*, ad quae rescripta generalia praetores ea potestate munientia, videtur pertinere quod dicitur a Gordiano, *auctoritate Principis dominium creditori addici solere, l. ult. C. si in causa jud. pign. capt. sit*), dominium pignoris justo pretio aestimanti, adeo ut superfluum creditor debitori restituat, & ejus, quod minus est in pretio quam debito, salvam habeat exactionem. Quod & obtinet, si post impetratum dominium creditor pignus vendat. Ut tamen Princeps non ante dominium addicat creditori, quam si prius ex jussu Principis magistratus debitori certum adhuc temporis spatium praefinierit, intra quod ille creditori satisfaciat, ac ne sic quidem venierit debitumque obtulerit. Sed & post dominii impetrationem debitori adhuc integrum est intra biennium continuum pignus recuperare, impensis redditis debitoque soluto, ne debitores temere rerum suarum dominium amittere viderentur, uti haec omnia plenius traduntur in *l. ult. C. de jure domin. impetr.* Quae tamen impetratio dominii non impedit, quo minus verus dominus rem evincat, si doceat, eam suam esse, ac per errorem a Principe velut debitoris propriam fuisse, addictam, arg. *l. eleganter* 24. *ff. de pignorat. act.* cum Princeps non soleat beneficia concedere in alterius injuriam, *l. nec avus* 4. *C. de emancip. liberor.* & res inter alios acta vel judicata aliis non noceat, *l. saepe constitutum* 63. *ff. de re judicata*, ac ipsa quoque res in judiciis divisoriis uni adjudicata recte evincatur, si aliena appareat, licet alioquin adjudicatio quoque dominium tribuat, arg. *l. si per errorem* 17. *ff. de usurp. & usucap.* junct. §. *ult. inst. de offic. judicis.* Ceterum hae dominiorum impetrationes tantum in speciali, non item in generali pignore locum habent, *l.* 1. *C. de jure Dominii impetr.* & censetur creditor, qui jam dominium impetraverat, ab ea impetratione destitisse, si postea usuras aut debiti partem receperit a debitore, *l.* 2. *C. eod. tit.* arg. *l. post diem* 7. *ff. de lege commissoria.* Quid, quod & moribus nostris tota dominii impetratio abolita est, dum creditores ipsi hypothecarii, qui subhastationem impetrarunt, ad licitandum admittuntur, atque ita vel emtionis titulo sibi pignus acquirere, vel licitando emtores extraneos adigere possunt ad justa pignorum venalium pretia constituenda, Groenewegen *ad tit. C. de jure domin. impetrando*, Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 1. *Instit. quib. alien. licet vel non num.* 4. post alios ibidem citatos.

TITULUS VI.

Quibus modis Pignus vel Hypotheca solvitur.

SUMMARIA.

1. *Pignus solvitur, si creditor fiat dominus pignoris, nisi creditor antiquior pignus privatim emerit, & secundus creditor id evincat.*
2. *Etiam sublato principali debito per confusionem, solutionem, novationem &c. An si liberi matri vitrici successerint, bona vitrici liberentur a vinculo pignoris legalis? Quid juris, si pignora in novatione repetita sint? An pupillus censeatur novasse obligationem ex tutela & perdidisse pignoris jus, si post pubertatem usuras reliquorum acceperit? Totum debitum debet solutum esse, licet plures debitoris heredes sint. Quid, si primus debitor solverit, cum pignus pignori datum esset?*
3. *An, cum remissio principalis debiti inutilis est, remissio quoque pignoris invalida sit?*
4. *An evanescat vinculum pignoris, si mancipium obligatum manumittatur aut prostituatur? Pignore extincto, an debitor cogi possit, ut aliud pignus det pro annuo reditu vel alio debito?*
5. *De pacto ne res pignori sit, redditione pignoris, aut instrumenti continentis obligationem pignoris.*
6. *An solvatur pignus, si creditor in rei obligatae alienationem consenserit expresse vel tacite? Quid si tantum sciverit rem alienari nec contradixerit, tum jure civili tum moribus circa mobilia & immobilia?*
7. *Quid si alienatio, in quam consensit creditor, non sequatur, vel non eo modo, vel ab ea jam facta recedatur? An reviviscat pignus, si res postea redeat in dominium debitoris ex nova causa.*
8. *Quando verum sit, quando non, resoluto jure dantis jus pignoris resolvi? ubi de usufructu finito, qui obligatus erat, de pignore pignori dato, si debitor primus solvat; de emphyteusi aut superficie amissa; de re fideicommisso conditionali obnoxia interim per gravatum pignori data; de re in diem addicta, vel sub lege commissoria vendita interim obligata, si venditio resolvatur. Quid, si obligata sit res, quae vendita erat, sub conditione, ut si displicuisset, reddere liceret, vel quae ob vitium redhibetur?*
9. *An rescissa venditione ob enormem laesionem res interim per emtorem obligata redeat ipso jure libera ad venditorem, distinctione explicatur.*
10. *Si jus pignoris ex conventione vel lege tantum ad certum tempus constitutum sit, vel dominus consenserit, rem suam usque ad annum obligari, lapso tempore res desinit obligata esse. Quid si dominus directus consenserit in feudi oppignorationem, sed ea lege ut intra sexennium luatur?*
11. *An extinguatur pignus, oblato pignore alio aeque idoneo invito creditori?*
12. *An legale pignus pereat per conventionale, vel per fidejussores datos?*
13. *An sola oblatione debiti sine depositione?*
14. *An mutatione formae rei obligatae? vel nova specie facta? An debitor invito creditore possit domum pignoratam destruere, aut formam rei mutare?*
15. *An priori creditori pereat suum pignoris jus, si consenserit, alteri creditori rem eandem obligari?*

16. *An resoluto jure pignoris ob chirographarium debitum pignus retineri possit? An & pro usuris debiti chirographarii?*

1. Pignoris obligati vinculum multis potest dissolvi modis, puta, si creditor fiat dominus pignoris ex contractu, successione, aut alia quacunque ratione; eo quod, uti res sua nemini servire potest, *l. uti frui* 5. *pr. ff. si usufruct. pet. vel ad al. pert. neg.* ita nec pignori devincta esse, adeoque res devenit ad eum casum, a quo initium habere non potest, *l. si rem alienam* 29. *ff. de pignorat. act. l. neque pignus* 45. *ff. de reg. juris.* Si tamen antiquior creditor privatim pignus a debitore consecutus sit, ac posterior deinde evincat pignus, antiquiori suum reviviscere jus pignoris cum prælationis prærogativa, *tit.* 5. *num.* 10. dictum fuit.

2. Sed & si debitum principale solutione, vel oblatione, consignatione ac depositione pecuniæ debitæ, vel compensatione, vel voluntaria novatione, vel remissione, vel pacto de non petendo, vel jurejurando ad delationem aut relationem partis præstito, vel sententia judicis, vel confusione dum creditor debitori succedit, aliove simili modo, quo obligationes aut ipso jure aut ope exceptionis dissolvi solent, sublatum sit, pignoris quoque vinculum inutile redditur; cum sublato principali accessorium tollatur, *l. solvitur* 5. *pr.* & §. *ult. l.* 6. *pr.* & §. 1. *l. si deferente* 13 *ff. h. t. l. ult. C. de luit. pignoris, l. si debitor* 4. *ff. qui pot. in pign. l. si priusquam* 8. *C. de distract. pign. l. si rem alienam* 9. §. *omnis* 3. *ff. de pignorat. act. l. cum te* 3. & *tot. tit. C. de remiss. pignor. l. si tibi decem* 17. §. *de pignore* 2. *ff. de pactis, l. ult. C. de pignor. act. l. novatione* 18. *ff. de novation.* Hinc, cum bona vitrici liberis prioris matrimonii legali hypotheca obligata fuissent ob id, quod eorundem matrem tutricem, non redditis rationibus aut reliquis non illatis, duxisset uxorem, ac liberi illi deinceps suæ matri simpliciter sine inventario heredes extitissent, judicatum fuit, extincta eo modo obligatione principali materna ex administratione tutelæ nata, nec vitrici bona ulterius remansisse privignis devincta, arg. *l. Granius* 71. *ff. de fidejussor.* Sande *decis. Fris. l.* 3. *tit.* 12. *defin.* 4. *in fine.* Ut tamen respectu novationis duret pignus una cum temporis prærogativa, si illud novationis interpositæ tempore repetitum fuerit, *l. creditor acceptis* 3. *l. creditor, qui* 12. §. *Papinianus* 5. *ff. qui pot. in pign. l. solutum* 11. §. *novata* 1. *ff. de pignor. act.* Adde *tit.* 4. *num.* 32. nec pupillus novasse intelligatur, ad id ut suum perderet privilegium aut hypothecæ jus, si post pubertatem rationibus a tutore acceptis, resignationem ejus secutus, usuras acceptaverit, *l. qui nominibus* 44. §. 1. *ff. de admin. & peric. tut.* Et quod attinet solutionem, non dubium, quin & sub ea comprehendatur, si creditor ex pignore fructus, debiti quantitatem æquantes perceperit, quoties non subest pactum antichresios, *l.* 2. 2. *ult. C. de pignorat. act. l.* 1. *C. de distract. pign.* Nec aliter solutione vinculum pignoris peremptum intelligitur, quam si totum debitum exsolutum sit, *d. l.* 9. §. 3. *ff. de pignorat. act. l. quamdiu* 6. *C. de distract. pignor.* usque adeo, ut non sufficiat, unum ex pluribus ejusdem debitoris heredibus suam exsolvisse hereditariam portionem, sed vel ab omnibus, vel ab uno pro omnibus solutionem integri debiti fieri necesse sit, cum individua credatur pignoris causa, nec obligatio individua ex persona heredum mutationem recipiat, *l.* 1. 2. *C. de luit. pign. l.* 1. *C. si unus ex plurib. hered. debit. aut. cred. l. unus ex multis* 16. *C. de distract. pign.* junct. *l. stipulationum* 2. §. *ex his igitur* 2. *ff. de verb. obligat.* Vide *tit. de pignor. act. n.* 6. Plane, si pignus pignori datum fuerit, & creditori primo per primum debitorem solutum sit, etiam creditoris secundi intuitu vinculum pignoris interire verius est; cum resoluto jure dantis etiam accipientis jus resolvatur, nisi creditor secundus debitori primo denunciaverit, ne is primo creditori solvat, donec sibi satisfactum fuerit, *l.* 2. *C. si pignus pignori dat. sit. l. grege* 13. §. *cum pignori* 2. *ff. de pignor. & hypoth. l. debitor a creditore* 40. §. *ult. ff. de pignor. act.* junct. *l. nomen* 4. *C. quæ res pign. oblig. poss.*

3. Quod si inutilis sit remissio debiti, pignoris quoque remissio invalida erit, si modo eadem in pignore, quæ in principali debito, ratio sit, *l. debitum* 5. *C. de remiss. pignor.* Unde si debitor debitori suo debitum remiserit in fraudem creditorum, pro quo debito pignus obligatum erat, pignoris æque ac debiti remissio effectu caret, arg. *l. & si pignus* 18. *ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.* Idemque est, si metu vel dolo inductus, vel lubrico ætatis lapsu creditor debiti principalis hypothecarii fecerit remissionem; in quantum per restitutionem in integrum ex justis hisce causis æque pignoris ac debiti persecutio redintegratur. Diversum obtinet, si non eadem debiti principalis inutiliter remissi, quæ pignoris ratio inveniatur. Cum ergo donationes inter virum & uxorem, atque adeo etiam debiti remissionem, per quas remittens pauperior & alter ditior efficitur, jure civili reprobatæ essent, *tot. tit. ff. de donat. inter vir. & uxor.* pignorum autem remissiones non inciderent in prohibitam inter conjuges donationem; *d. l.* 18. *ff. quæ in fraud. credit. facta, l. etiam constante* 11. *C. ad Senatusc. Vellejanum,* consequens est, inutili pronunciata donatione, pignoris tamen persecutionem semel remissam extinctam manere: ac de eo casu accipienda *l.* 1. §. 1. Donellus *ad l.* 11. *C. ad SCons. Vell.*

4. Manente principali debito, pignoris jus solvitur, si creditor ancillam sibi pignori datam prostituerit, vel aliud improbum facere coegerit, *l. eleganter* 24. §. *in pignoratitio* 3. *ff. de pignorat. act.* aut servus in ædes inductus, atque ita tacite pro pensionibus obligatus; vel generaliter tantum cum ceteris debitoris bonis jure pignoris devinctus, a domino manumittatur ante præclusionem, *l. pen. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contrah. l.* 2. *l.* 3. *C. de serv. pignori dato manumisso.* Adhæc, si res pignorata intereat, *l. sicut* 8. *pr. ff. h. t.* vel ab hostibus capiatur. Vide Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 1. Nec compelli debitor potest, ut perempti pignoris loco rem aliam obliget, utcunque pignus in annui reditus securitatem constitutum esset; licet enim in prætoriis stipulationibus ita jus sit, ut sæpius interponi debeant ubi sine culpa stipulantis cautum esse desiit, *l. prætoriæ stipulationes* 4. *ff. de prætoriis stipul. l. si is, a quo* 3. §. *ult. l.* 4. *ff. ut in possess. leget. vel fideicom. nomine esse liceat,* in ceteris tamen una securitatis præstatione defungi debitorem, nec singulis momentis onere cavendi oportere gravari, verius est. Jacobus Coren. *observ.* 35. *lit. L. & M.* Lambertus Goris

advers. tract. 1. *cap.* 3. *n.* 4. Covarruvias *var. resol. lib.* 3. *cap.* 7. *n.* 6. *vers. quod item diximus.*

5. Perit insuper solum pignoris vinculum, si a creditore ipsum remittatur pignoris jus, sive tacite, cum res obligata restituitur aut legatur debitori, vel ipsum redditur aut legatur chirographum, quo pignoris obligatio comprehensa est, *l.* 1. *ff. de liberat. legata, l. creditricem* 7. *C. de remiss. pign.* sive expresse, pacto interposito, *ne amplius res obligata sit;* quo casu hypothecæ quidem nexum ipso jure, pignoris vero traditione perfecti, obligationem ope tantum exceptionis dissolvi, plenius traditum, *tit. de pactis n.* 3.

6. Evanescit præterea pignus manente debito, si creditore consentiente debitor rem obligatam tertio vendiderit, permutaverit, donaverit, in dotem dederit, aut alio quocunque modo alienaverit; nisi consenserit salvo sui pignoris jure, aut ea lege venditionem fieri passus sit, ut non ante discedatur a. pignore, quam postquam sibi ex rei venditæ pretio satisfactum fuerit, *l. si debitor* 4. §. 1. *l. si consensit* 7. *l. sicut* 8. §. *quod si in* 9. & 10. *ff. h. t. l. si probaveris* 2. *C. de remiss. pignoris.* Nec interest, utrum ipse debitor vendiderit, an heres ejus ex consensu per defunctum impetrato, *d. l. sicut* 8. §. *si debitori* 16. *ff. h. tit.* Nec utrum creditor expresse consenserit, an tacite, dum forte subscripsit in tabulis emtionis, si modo non manifeste in subscribendo deceptus sit, *d. l. sicut* 8. §. *non videtur* 15. *in fine ff. h. t.* Sed & si ratihabitio post venditionem a debitore factam supervenerit, pro consensu erit, *d. l. si debitor* 4. §. 1. *in fine ff. h. t.* Sola tamen scientia creditoris cum silentio conjuncta non inducit consensum in alienationem, cum magis ideo passus videatur venire rem, quod sciebat, ubique pignus sibi durare, *d. l. sicut* 8. §. *non videtur* 15. *in pr. ff. h. t.* nisi servus specialiter pignori nexus, sciente nec contradicente eo cui obligatus erat, a debitore manumissus ac in libertate moratus fuerit, libertatis favore, *l.* 1. *C. de remiss. pignoris*, vel creditores eo tempore, quo prædium solemniter sub hasta distrahebatur, programmate admoniti, cum præsentes essent, jus suum executi non sint; eo quod hastæ fiscalis fides non facile convelli debet, *l. si eo tempore* 6. *l. si hypothecas* 8. *C. de remiss. pignoris.* Quin & secundum mores hodiernos mobilia, sive specialiter sive generaliter ex conventione vel lege devincta, transire sine ullo onere in quemvis possessorem, sive oneroso sive lucrativo fuerint titulo alienata, uti & immobilia generali hypotheca conventionali nexa ac ex oneroso titulo per debitorem translata, licet creditor in rerum talium mobilium ac immobilium alienationem non consenserit, ac forte nec scientiam habuerit translationis a debitore factæ, plenius expositum *t.* 1. *n.* 13. 14.

7. Non aliter tamen creditoris in alienationem consensu perimitur pignoris jus, quam si ea vere subsecuta fuerit, eo modo, ac tempore, cæterisque qualitatibus ac circumstantiis servatis, quibus creditor suum in alienationem consensum circumscripsit. Nam si non venierit res, in cujus venditionem creditor consenserat, vel vendita quidem sit, sed a venditione recessum fuerit, vel venditio ex aliqua causa inutilis sit, persecutio pignoris etiamnum salva est, *l. si debitor* 4. §. *ult. d. l. sicut* 8. §. *si voluntate* 6. *l.* 10. *ff. h. t.* Sed & si intra annum vendi permiserit, alienatio post annum secuta non aufert jus creditori, *d. l.* 8. §. *pen. ff. h. t.* Plane si consensu in venditionem interposito, debitor donaverit rem pignoratam aut in dotem dederit, vel vice versa, voluntatis magis quam juris quæstionem hanc esse, ac ex circumstantiis oportere dijudicari, utrum & in eum alienandi modum videatur voluisse consentire creditor, patet ex *d. l.* 8. §. 11. 13. 14. *ff. h. t.* Porro alienatione semel recte facta ita secundum juris civilis dispositionem evanescebat pignoris vinculum, ut ne redintegraretur quidem, si postmodum ex nova causa res eadem in debitoris reverteretur dominium ac potestatem *l. ult. C. de remiss. pignor.* Quod tamen hodie mutatum monet Groenewegen *ad d. l. ult.*

8. Resoluto quoque jure ejus qui pignus dedit, creditori suum jus pignoris interire necesse est. Quod tamen non semper ipso jure, sed sæpe tantum ope exceptionis fit. Ipso quidem jure id contingit, quoties is, qui rem pignori obligavit, plenum in ea re jus non habuit, sed penes alium fuit potentius jus dominii vel præsentis vel futuri, ex quo res illa obligata invito eo, qui obligaverat, reverti potest. Qua ratione, si quis pignus pignori dederit, secundo creditori protinus evanescit pignoris jus, quam primum creditori primo, qui pignus pignori dederat, per debitorem primum solutio debiti facta est, ut supra probatum *n.* 2. *in fine*. Idemque est, si fructuarius suum usumfructum pignori obligaverit, & is morte fructuarii aliove simili legitimo modo extinctus ad proprietatem revertatur, *l. sicut* 8. *pr. ff. h. t.* arg. *l. si quis domum* 9. §. *hic subjungi* 1. *ff. locati* vel emphyteuta aut superficiarius suam emphyteusin aut superficiem; & dein ob non solutum canonem aut solarium fundus redeat ad dominium directum ex jure commissi, *l. lex vectigali* 31. *ff. de pignor & hypoth.* arg. *l. etiam superficies* 15. *ff. qui pot. in pign.* Sed & si heres rem a defuncto sub conditione legatam aut fideicommisso relictam, eadem pendente, pignoris nexui effecerit obnoxiam, existente conditione res ipso jure liberata per legatarium vindicari potest, *l. ult.* §. *sin autem* 3. *C. commun. de legatis, l. grege* 13. §. *statu liber* 1. *ff. de pign. & hypoth.* Nec aliud obtinet, si cum lege commissoria res vendita vel in diem addicta fuerit, ita ut puram ista pactio venditionem fecerit, atque adeo translatum in emtorem dominium emtor interim pignori obligaverit, sed postea ob non solutum pretium vel ob allatam conditionem meliorem res inemta fiat, *l. si res* 3. *ff. h. t. l. ubi autem* 4. §. *sed & Marcellus* 3. *ff. de in diem addictione.* Quorum omnium exemplorum, etiam a Vinnio *in select. quæst. libr.* 2. *cap.* 5. relatorum, illud fundamentum est, quod non plus juris habere potuerit creditor, quam habet is, a quo pignus tenet, *l. si superatus* 3. §. 1. *ff. de pign. & hypoth. l. nemo plus juris* 54. *ff. de reg. jur.* jam autem in superioribus omnibus casibus non nisi revocabile dominium aut jus debitori oppignoranti quæsitum fuerat, quod & sciebat, aut saltem ignorare non debebat creditor, arg. *l. qui cum alio* 19. *ff. de reg. juris*, ac proinde queri non debet, si ipsi pignus pereat, dum debitori suum ab initio revocabiliter tantum acquisitum evanescit jus, sed magis sibi imputet, quod tam lubrica cautione voluerit contentus esse. Nullus certe, ut jam dictum, plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet; ac proinde, cum in casibus superioribus is, qui pignori dedit, revocabile ac temporarium tantum habuerit dominium aut aliud jus

absurdum esset. illud alteri constituere pignoris jus, ultra tempus illud, quo penes eum ex praecedente conventione, vel defuncti voluntate, jus illud debebat permanere. Diversum est, si res distracta sit sub conditione, *ut, si emtori displicuisset, reddere liceret*; & antequam displicuerat, per emtorem pignori obligata sit, vel servus aut res alia morbosa vel vitiosa vendita ac postquam per emtorem creditori devincta fuerat, ob vitium morbumve redhibeatur: non enim ipso jure pignus tunc solvitur, tum quia plenum perpetuumque dominium ei, qui pignori dedit, quaesitum fuerat, qui proinde etiam in perpetuum, seu sine temporis restrictione, rem pignori obligandi potestatem habebat; quo semel facto, uti creditori perire non poterat jus, si pignori obligans deinceps rei obligatae dominium in alium transferat, ita nec, si vel redhibeat, vel reddat displicente sibi venditione; tum etiam, ne in arbitrio debitoris sit, ipsum pignoris vinculum in re plenissimo jure sibi quaesita, ac citra suam voluntatem nunquam directo vel per indirectum auferenda, dissolvere, atque ita suum consilium in alterius praejudicium contra communem juris regulam mutare; sed potius emtorem ad pretii restitutionem ex his causis agentem repellet venditor, excipiendo, rem redhibendam a vinculo pignoris per emtorem impositi necdum liberatam, aut eo nomine cautum esse, *l. si res distracta* 3. *in fine*, *l.* 4. *ff. h. t.* junct. *l. redhibere* 21. §. 1. *l. bovem* 43. §. *pignus* 8. *ff. de aedilit. edict.*

9. An autem, venditione ob enormem laesionem rescissa, res vendita ac per emtorem interim oppignorata, ad venditorem redeat ipso jure liberata ab onere pignoris, an vero etiam obligata maneat postquam in venditoris potestatem reversa est, donec solutione debiti vel aliter per emtorem liberata fuerit, ambiguum est. Liberam redire quondam Bartolus negavit, affirmavit Baldus, & suos uterque nobiles habuit sectatores, quos recenset Pinellus *ad l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 3. *num.* 11. *& seqq.* Fachineus *controv. libr.* 2. *cap.* 24. Vinnius *select. quaest. lib.* 2. *cap.* 5. Ex superioribus autem fundamentis ad hujus quaestionis decisionem, media quodammodo via electa, distinguendum existimo, utrum venditor agat remedio *l.* 2. *C. de rescind. vendit.* dum longe vilioris rem vendidit, an vero emtor, dum longe pluris rem emit, quam quanti illa vere valebat, atque ita se ultra dimidium laesum queratur. Si enim venditor laesus agat, magis est, ut resoluta venditione res liberata redeat ad venditorem; eo quod jam non ab emtore processit resolutio contractus, sed a venditore; quippe qui judicio compulit emtorem, ut discederet ab emtione, si id, quod justo deerat pretio, supplere nollet. Etenim non voluntate sua libera, sed coactus ille a contractu recedere intelligitur, qui, ni pretio jam numerato plus quam alterum tantum addat, reddere rem emtam sententia judicis compelli potest, arg. *l. illud aut illud* 25. §. 1. *ff. de constit. pecunia.* Nec est, quod obtendas, plenissimo & irrevocabili jure statim ab initio dominium a venditore in emtorem transivisse. Nam cum ad emtionem inter alia requiratur, ut pretium justum sit, & rei vendendae respondeat, intelligi non potest plenum & irrevocabile dominium rei in emtorem translatum, quamdiu ab emtore pretium justum, vel saltem iniquitate tolerata laborans, praestitum non est. Quod si ex adverso emtor laesus hoc legis 2. remedio expertus sit, rectius dixeris, ipso jure pignoris jus haud resolutum esse, sed idem potius hoc in casu videri comprobandum, quod de emtore ob morbum vitiumve rem venditam redhibente superius traditum est; eo quod hic a libera emtoris voluntate proficiscitur resolutio venditionis: quippe qui potuisset non experiri illa remedia, uti emtor potuisset a redhibitoria abstinere, ac re tali, qualis erat, contentus esse. Nec recte dixeris, invitum agere, quia agit ut enormem evitet in pretio laesionem; nisi eodem jure asserueris, invitum quoque emtorem redhibitoria experiri, quia, ni ea agat, ex vitio morbove rei latente in damno haesurus est. Quod tamen cum non obfuerit, quo minus Jurisconsulti responderent, post redhibitionem durare ipso jure pignoris obligationem, etiam nostro in casu non oberit, dum emtor avertendae laesionis gravioris ergo experitur.

10. Porro, si pignoris obligationi dies vel conditio adjecta fuerit, ad quam usque pignoris ipsius vinculum duret, veluti, *ne ultra annum pignus obligatum maneat*, vel, *ut desinat esse pignori res, ubi creditori fidejussor idoneus datus fuerit*, aut ipso jure aut saltem ope exceptionis jus pignori evanuisse dicendum est, *l. item liberatur* 6. *l. pen. ff. h. t.* Qua ratione etiam moribus Hollandiae legalis hypotheca publicanis data pro tributis & impositionibus in bona eorum, qui illa debent, aliquando sex mensium aut breviore spatio, computando ab elapso conductionis cujusque termino perire, ac tantum personalem deinceps actionem superesse *tit.* 2. *num.* 8. dictum fuit. Nec dubitandum videtur, quin, si dominus consenserit in rei suae obligationem pro debito alieno in proximum sexennium, post decursum sexennium, res illa a vinculo pignoris libera futura sit, cum limitata concessio limitatum debeat effectum producere, & ad tempus permissa post illud intelligi debeant prohibita esse, arg. *l. servitutes ipso* 4. *ff. de servitutibus*, nec de injuria aut laesione creditor queri possit, dum magis est quod sibi imputet, cur tali per temporis adjectionem limitato pignore voluerit contentus esse. Eoque etiam pertinet consensus domini directi illis in locis, in quibus ad feudi oppignorationem secundum scriptas fundorum consuetudines etiamnum consensu domini opus est, si is consenserit ea lege, ut intra sexennium pignus luatur. Nisi forte alicubi usu constante contrarium invaluerit, ut nempe etiam post sexennium duraret pignus, non obstante tali adjectione, sicut id in Geldria receptum tradit Lamb. Goris *adversar. tract.* 3. *part.* 1. *cap.* 11. *num.* 9. *& seqq.* Adde Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *cons.* 348.

11. Non tamen extinguitur pignoris jus oblato per debitorem pignore aeque idoneo creditori invito, secus si volenti, arg. *l. item liberatur* 6. §. 1. *ff. h. t.* *l. si mandatu meo* 45. §. *item, si* 2. *ff. mandati*, *l. si rem* 9. §. *omnis* 3. *ff. de pignorat. act.* Neostadius *Curiae supr. decis.* 84. *in fine*, Castillo Sotomajor *quotid. controv. lib.* 4. *cap.* 10. *num.* 56. Pinellus *ad l.* 2. *Cod. de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 21. nisi evidens omnino sit, sine dispendio creditoris id fieri posse; quo casu id arbitrio judicis permitti debitori aequum videtur, licet aperto jure deficiamus, Castillo *d. n.* 56. Pinellus *d. cap.* 1. *num.* 21. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 140.

12. Similiter nec pignus legale perimitur, ubi conventionale constituitur, aut fidejussores dantur; cum provisio hominis non tollat provisionem legis, quoties jam ante hominis provisionem nata est legis provisio, ac ad eundem utraque finem tendit, sed magis tunc applicandum sit illud, abundantem cautelam non nocere, arg. *l. item liberatur* 6. §. *ult. ff. h. t. l. creditori* 2. *C. de fidejussor.* Nec obstat *l. ult. C. de pactis convent.*, cum in ea pignus legale tantum in subsidium concessum fuerit ex nova Justiniani constitutione, si nullo conventionali pignore sive generali sive speciali mulier sibi prospexisset pro paraphernorum securitate; dum constat, ante Justiniani tempora solum personale inter chirographarios privilegium pro dote, longeque magis pro paraphernis, competiisse. Minus obstat *l. pen. ff. h. t.* quia ibi res erant pignori obligatæ expressa conventione, & ea quidem limitata, donec scilicet *aut merces prædii rustici soluta aut creditori satisfactum fuerit*: cum ergo fidejussores deinde pro pensione admitteret fundi dominus, ei sua voluntate satisfactum intelligebatur, convenienter *l. si rem* 9. §. *omnis* 3. *ff. de pignorat. act.* junct. *l. solvitur* 5. §. *si convenerit* 2. *l. item liberatur* 9. *ff. h. t.* Confer Ant. Fabrum *Cod. lib.* 5. *tit.* 8. *defin.* 3. & 23. Negusantium *de pignor. quarto membro secundæ partis n.* 138. *vers. quarto ampl.* Bachovium *de pignoribus lib.* 6. 5. *cap.* 11.

13. Sola quoque oblatio debiti ad perimendum pignoris vinculum sufficiens non est, si ad eam consignatio & depositio non fuerit subsecuta, *l. si creditrici* 6. *l. acceptam* 19. *C. de usuris.* Licet verum sit, oblatione sola ipsam impediri pignoris distractionem, *l. si residuum* 5. *C. de distract. pignor.* ac proinde post talem oblationem denegari creditori per prætorem actiones, quibus ille pignora persequi & ad venditionem eorum procedere vellet, si modo debitor in eodem satisfaciendi proposito perseveret, arg. *l. si debitor offerret* 30. *ff. de solution.*

14. Mutationem formæ rei pignoratæ quod spectat, si quidem ea talis sit, plane nova fiat species, jus pignoris extinguitur, velut si ex sylva pignori obligata domus aut navis facta sit, *l. si convenerit* 1. §. *pen. ff. de pignorat. act.* idque quoties non a domino, nec ab alio nomine domini, sed ab extraneo id factum fuerit, ut dictum *tit.* 1. *n.* 4. Sin species prior non plane mutata appareat, pignus etiamnum durare intelligitur; veluti si ex domo area, vel ex area domus facta fuerit, vel in fundo vineæ aut arbores plantentur, *l. si fundus* 16. §. *si res* 2. *l. Paulus* 29. §. *domus* 2. *l. ult. ff. de pignor. & hypoth. l. domo* 21. *ff. de pignorat. act.* Idemque dicendum, si ex massa obligata scyphi facti sint, aut scyphi obligati in rudem auri vel argenti massam redacti fuerint arg. *l. lana legata* 88. §. *ult. ff. de legatis* 3. Nec est, quod objiciatur, usumfructum interire, si scyphi conflati fuerint, licet ex massa rursus alii facti sint, *l. qui usumfructum* 36. *ff. de usufr. & quemad. quis uta.* Nam cum ususfructus servitus sit, & libertati leges faveant, singularia plura circa usumfructum finiendum probata sunt, quæ ad tollendum proprietatis aut pignoris jus haud porrigenda, ut ex ipso *tit. quib. mod. ususfruct. amitt.* abunde patet. Adde Bachovium *de pignoribus lib.* 5. *cap.* 12. Observandum tamen, liberum haud esse debitori sine consensu creditoris aut domum pignoratam destruere, aut formam rei pignoratæ mutare, quoties illa destructio aut mutatio deteriorem creditorem redderet pignoris causam ac persecutionem, adeo ut & jure intercedat creditor, ne quid tale fiat, aut si factum sit, ad id quod interest agere possit, arg. *leg. si rem alienam* 9. *pr. ff. de pignorat. act. leg. qui occidit* 30. §. 1. *ff. ad leg. Aquil. leg. creditori* 87. *ff. de furtis.* Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 13. *art.* 41. Charondas *Responses du Droit François lib.* 11. *resp.* 29.

15. Quod si creditor prior consenserit in id, ut alteri creditori res eadem obligetur, priori quidem non in universum perit suum pignoris jus nisi id nominatim actum fuerit, sic ut hæc facti magis quam juris quæstio sit; sed tamen id eo consensu efficitur, ut consentiens postponendus sit ei, in cujus gratiam consensit, ac per consequens aliis quoque hunc novissimum hypothecarium antecedentibus, adeoque si primus rem quarto obligari concesserit, non quarto tantum, sed & secundo ac tertio creditori cedet. Non enim ea ratione quartus succedit in locum primi, nec quartus ante omnes in pignore potior fit, sed magis amoto primo consentiente secundus efficitur primus, quartus tertio loco venit, ipse primus loco quarto, *l. creditor* 12. §. *si tecum* 4. *ff. qui pot. in pignore*, *l. Paulus respondit* 12. *ff. h. t.*

16. Resoluto autem jure pignoris quod semel ab initio jure constit vel postea firmatum fuit, creditor illud adhuc retinere potest pro alio debito chirographario, si modo ipse debitor, non alius creditor hypothecarius, pignus repetat, *l. unic. C. etiam ob chirographariam pecun. pign. teneri posse.* Non tamen pro debiti chirographarii usuris, tum, quia jura nova strictam recipiunt interpretationem, tum quia ne pro hypothecarii quidem debiti usuris retentio pignoris permissa est, si in eas pignus obligatum non fuerit, *l. per retentionem* 4. *C. de usuris*, *l. solutum* 11. §. *si in sortem* 3. *ff. de pignorat. act.* Confer DD. *ad d. l. unic.*

LIBER VIGESIMUS PRIMUS.

TITULUS PRIMUS.

De Ædilitio Edicto, & Redhibitione, & quanti minoris.

SUMMARIA.

1. *Quotuplices Ædiles fuerint? Emtores monendi de vitiis aut morbis rerum vendendarum & de natione servorum, aut ipsi de his stipulari debent. Quid juris, si fundus pestilens sit venditus? Vel sola jugera sterilia, quæ tamen a quibusdam sterilibus haud erant separanda? An teneatur qui servitutem fundi aut tributum celavit sciens aut ignorans?*

2. *Quid morbi, vitii jumentorum veniat appellatione?*
3. *Actio redhibitoria & quanti minoris datur ex reticentia; quæ etiam est, si quis insidiose obscure loquatur, non item si rebus ipsis & factis venditor moneat. Datur & ex dicto promissove. Qualia dicta, & quo usque, præstanda sint a venditore? An & dicta commendandi ac jactantiæ gratia?*
4. *Quibus detur redhibitoria, contra quos, ob quæ vitia rei principalis aut accessoriæ? Quid juris, si plures res sint venditæ, vel paria jumentorum, & res una vitiosa sit? Quales impensas emtor præter pretium recuperet, quæ vicissim venditori reddat? Quid si rem interim pignori obligaverit?*
5. *Quid sit actio quanti minoris? Quo modo facienda æstimatio, si res plures non pretio venditæ? Quid moribus?*
6. *Intra quæ tempora agendum sit redhibitoria & quanti minoris actione? Redhibitoria semel tantum, at quanti minoris actione sæpius agi potest. An redhibitoria intentata consumat actionem quanti minoris, & vice versa?*
7. *Quo modo agendum redhibitoria aut quanti minoris, si plures emtores vel venditores, vel plures unius emtoris aut venditoris heredes sint?*
8. *Non dantur hæ actiones pendente venditionis conditione. Nec propter leve vitium. An propter vitia post venditionem supervenientia, & quis de eo judicet, an emtione recentiora sint? An propter vitia animi, aut vitia patentia?*
9. *Cessant, si emtor sciverit vitia, ubi de scientia domini & procuratoris aut servi? An præsumatur emtor scivisse, si artifex sit?*
10. *An venditoris scientia vel ignorantia spectetur? Quid si venditor generaliter pactus sit, ne de vitiis morbisve teneatur? Quid si, ne de certo vitio teneatur?*
11. *Recensentur casus alii, quibus cessant. Ubi de vitio sanato, servo vitioso manumisso, pretio per emtorem post vitium compertum soluto. An in donatione & locatione locum habeant? & quando ob vitia moribus agi possit?*
12. *De actione in factum ob puerum servum castratum; & ob id quod quis canem, verrem &c. ibi habuit, quo vulgo iter fit, si hæc animalia nocuerint. Cur actio de dejectis ob hominem liberum occisum in quinquaginta aureos detur, hæc vero in ducentos?*

1. TRiplicis generis Ædiles fuere: primo namque duo ex plebe creati, qui ædibus publicis præessent, in quibus omnia sua scita plebs deferebat, *l.* 2. §. *itemque* 21. *ff. de Orig. juris.* Quibus dein alii ex numero patrum additi, qui Curules dicti, quod sellis eburneis curulibus insiderent, uti etiam equis curulibus quadrinalibus majores magistratus vehebantur, quorum Festus meminit. Adde Brissonium *antiquit. lib.* 3. *cap.* 15. His tandem duos Cæsar adjunxit, qui frumento præessent, Cereales Ædiles a Cerere dicti. Confer Rosinum *Antiquit. Roman. lib.* 7. *cap.* 24. 25. Ædiles autem inter cetera etiam circa venditiones edictum proposuerunt, jubentes, ut venditores monerent emtorem, latens rei vendendæ subesse vitium aut morbum, aut, iis silentibus emtores ipsi stipulentur, nihil vitii morbive subesse, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t. l. si ita quis* 31. *l.* 32. *ff. de eviction.* Quæ non in servis tantum ac jumentis, sed & in immobilium, veluti fundorum venditionibus locum habent, *l.* 1. *l. etiam in fundo* 49. *ff. h. t.* Unde, si fundus pestilens, in quo scilicet pestibiles & lethiferæ herbæ nascuntur, distractus sit emtori ignoranti, redhibitionem ob id fieri posse & rescriptum & responsum est, *d. l. etiam in fundo* 49. *ff. h. t. l. pen. C. h. t. de ædil. action.* Similiter, si agri industria & sumtu exsiccati sic inter socios plures, qui in exsiccationem contulerunt, distributi sint, ut quisque pro numero jugerum bonæ notæ etiam certam agrorum sterilium partem habeat, & quis in ea regione tantum jugera fertilia vendiderit, quæ tamen ab agris inutilibus separari non poterant, emtori liberum foret aut pretium necdum solutum retinere, aut per redhibitoriam ad venditionis contendere resolutionem. Responsa Juriscons. Holl. *part.* 1. *cons.* 202. Sed &, si tributum aut servitus fundo vendito imposita celata fuerit, redhibitio quidem propterea permissa non est, verum tamen actio quanti minoris datur, *l. quoties* 61. *ff. h. t.* aut retentio pretii pro rata, si illud necdum solutum sit; quasi contractu ex latere venditoris necdum impleto, arg. *l. ædiles etiam* 25. §. *ult. ff. h. t. l. in venditione* 41. *ff. de act. empi.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 19. *n.* 15 Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 15. *n.* 21. 22. Respons. Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 122. Dummodo meminerimus, de celata servitute a prædio vendito debita, aut tributo, non aliter venditorem teneri, quam si sciens ista dissimulaverit, *l.* 1. §. 1. *l. si sterilis* 21. §. *si prædii* 1. *l. quæro* 39. *l. in venditione* 21. *ff. de act. emti*, aut, cum ignoraret, fundum tamen, uti optimus maximusque est, vendiderit, *l. cum venderes* 59. *ff. de contrah. emt.* cum ob reliqua rerum vitia latentia etiam ignorans obligetur. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 26. Illud in mancipiorum venditione singulare est, quod & de natione cujusque in vendendo pronunciari debuerit, quia plerumque natio servi aut provocabat aut deterrebat emtores. Præsumtum enim fuit, servos quosdam bonos esse, quia natione sunt non infamata, quosdam malos videri, quia ea natione sunt, quæ magis infamis est, *l. quod si nolit* 31. §. *qui mancipia* 21. *ff. h. t.*

2. Licet autem morbus a vitio differat, uti species a genere, prout id ab Aulo Gellio ex Labeone, & ab Ulpiano ex Sabino observatum est, *l.* 1. §. *sed sciendum* 7. *ff. h. t.* Gellius *noctium Attic. lib.* 4. *cap.* 2. tamen in hoc ædilium edicto idem morbi vitiique jus est; ac probabile eos tollendæ tantum dubitationis gratia bis idem de eodem dixisse, *d. l.* 1. §. 7. *ff. h. t.* Et quamvis jumenta proprie sint, quæ dorso domantur seu ministerium præbent, ut equi, asini, muli, elephanti, nec boves veniant jumentorum nomine, quia collo domantur, edictum tamen ad illos quoque & ad reliqua pecora extensum fuit, *l. ædiles ajunt* 38. §. 1. 4. 5. 6. *ff. h. t.*

3. Quod si vitium morbusve subsit, duplex eo nomine prodita est actio, una redhibitoria, altera quanti minoris æstimatoria. Etsi enim ob rerum venditarum vitia ex emto quoque actio detur etiam ad ipsam redhibitionem. *l sciendum* 19. §. *dictum* 2. *in fine ff. h. t. ex emto* 11. §. *redhibitionem* 3. *ff. de actionib. emti*; non tamen ideo ædilitiæ hæ actiones frustraneæ sunt, tum quia sæpe pinguiores, præsertim ubi ob contumaciam in duplum dantur, *l. cum autem* 23. §. *si ser-*

tur 4. leg. redhibitoria actio 45. ff. h. t. tum quia infrequens non est, ejusdem rei nomine plures actiones concurrere. Utraque etiam post interitum datur, non item post mancipii manumissionem, l. si hominem 47. pr. & §. 1. ff. h. t. Ac præcipue quidem ex reticentia morbi vitiive aut nationis, sed tamen & ex dicto promissove competit, dum venditor affirmavit, virtutes quasdam aut bonitatem aut artificium adesse, quod non ita reperitur, vel ex adverso vitia quædam abesse dixit, veluti, servum aleatorem non esse, quæ tamen adsunt, l. si quid venditor 18. pr. & §§. seqq. l. 19. pr. & §§. seqq. ff. h. t. l. Julianus 13. §. si venditor 4. ff. de act. emti. Hugo Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 15. n. 39. 40. Reticentiæ adnumerandum etjam, si quis fallendi causa obscure dissimulet, l. ea quæ commendandi 43. §. ult. ff. de contrah. emt. Caballinus de ædilit. edicto cap. 3. num. 27. Unde & ædilium edicto cautum, ut omnia, quæ monenda sunt, palam recte pronuncientur. l. 1. §. 1. ff. h. t. Admonuisse ex adverso & ille intelligitur, qui servum vinctum vendidit; quia multo amplius est, id facere, quam pronunciare, in vinculis fuisse, l. si tamen 48. §. ei, qui 3. ff. h. t. Ceterum ex dicto promissove ut teneatur, primo quidem dictum promissumve non amare exigendum est, sed cum quodam temperamento: ut si constantem esse affirmaverit, non exacta gravitas & constantia quasi a Philosopho desideretur; si laboriosum & vigilacem non continuus labor per dies noctesque ab eo exigatur; si artificem, non utique perfectum eum ac consummatæ scientiæ præstare debeat, sed sufficiant, ad aliquem modum hæc & similia dicta promissave in servo vendito reperiri, ut neque in artificium indoctus, neque levis, desidiosus, somnolentus, piger, tardus, inveniatur, leg. si quid venditor 18. l. sciendum 19. §. illud 4. ff. h. t. Nisi nominatim venditor servum optimum artificem asseruisset: tunc enim eum in isto artificii genere optimum præstare obstrictus est, d. l. 18. §. venditor 1. ff. h. t. Eoque pertinet illud Ulpiani, cum optimum quis stipulatur, id stipulari intelligitur, cujus bonitas principalem gradum bonitatis habet, l. ubi autem 79. §. usque 2. ff. de verb. oblig. Sed nec alia dicta aut promissa recte emtor exegerit, quam quæ sic dicuntur, ut præstentur; non ut jactentur: qualia, quæ ad nudam laudem servi pertinent, veluti, si dixerit, frugi, probum, dicto audientem: multum enim interest, commendandi servi gratia quid dixerit, an vero præstiturum se promiserit, quod dixit, l. sciendum 19. pr. et §. 1. 2. 3. ff. h. t. l. ea quæ commendandi 33. ff. de contrah. emt. nisi in iis, quæ commendandi gratia jactavit venditor, manifestus ejus dolus appareat; tunc enim non ex dicto quidem promissove, sed de dolo tenetur, leg. quod venditor 37. ff. de dolo. Grotius manuduct. d. lib. 3. cap. 15. n. 39. 40.

4. Redhibitoria actio est personalis, arbitraria, l. bovem 43. §. pen. ff. h. t. emtori competens, adversus venditorem, & heredem ejus, l. cum autem 23. §. hæ actiones 5. ff. h. t. ac dominum institoris, l. si quis mancipiis 17. ff. de institor. act. & patrem dominumve in cujus potestate est venditor, vel cui bona fide servit, l. cum autem 23. §. si servus 4. & §. etsi 6. l. si servus 57. §. 1. ff. h. t. nec non fidejussorem venditoris, qui in omnem causam fidejussit, l. Latinus Largus 56. ff. h. t. ob talem defectum, quem si scivisset emtor, emturus non fuisset, sive deductus sit in re principali, sive in accessionibus veluti jumenti distracti ornamentis, l. ædiles ajunt 38. ff. h. t. sive in tota re, sive in parte ejus. Unde si duo jumenta sint vendita tanquam paria, & unum in ea causa sit, ut redhiberi debeat, utrumque redhiberi potest; idemque in triga atque quadriga vendita juris est; uti &, quoties res plures separari nequeunt sine magno incommodo, vel ob rationem pietatis; veluti, ne liberi a parentibus, ne contubernio juncti a se invicem separentur, ac divellantur. Sed si duo paria jumentorum sint, & unum animal vel par unum vitiosum, solum par vitiosum, non item alterum, redhibendum est Plane, si non sint paria, sed simpliciter duo aut quatuor equi sint venditi, vel polia equorum, dicendum est, solum equum qui vitiosus est, non omnem poliam redhiberi oportere, l. cum ejusdem 34. l. 35. l. ædiles ajunt 38. §. si plura 12. & §. ult. l. 39. l. 40. ff. h. t. Nec interest, utrum uno pretio res plures emtæ sint, an singulæ separatim, si modo constet, emtorem unam sine altera non fuisse emturum, l. cum ejusdem 34. §. 1. ff. h. t. ibique Brunnemannus. Tendit vero id, ut & emtor & venditor quodammodo in integrum restituatur, l. cum autem 23. §. Justinianus 7. ff. h. tit. adeoque venditor pretium restituat cum usuris, l. illud sciendum 29. §. condemnatio 2. ff. h. t. uti & impensas ab emtore ob venditionem factas ex venditoris voluntate, aut ex necessitate, aut in ipsius rei conservationem; non quas sponte & liberaliter emtor fecit, nec alimenta servi venditi, quippe quæ cum ministeriis pensanda, l. ædiles etiam 25. §. item 8. l. debet autem 27. l. illud sciendum 29. §. ult. l. 30. §. 1. ff. h. t. Mævius ad jus Lubec. libr. 3. tit. 6. art. 15. num. 10. 11. Præterea de impensis imminentibus emtori caveat, l. redhibere 21. §. 1. & 2. item si 30. pr. ff. h. t. Sed & vicissim constat, venditori quoque restituendam esse ab emtore rem cum fructibus; & omni utilitate, quam emtor percepit, aut culpa neglexit percipere, sive venditor id, quod emtor acquisivit, percepturus fuisset, casu quo non vendidisset, sive non; usque adeo, ut & illud venditori reddendum sit, quod is emtori ob rem tardius traditam præstare coactus fuit, l. cum autem 23. §. jubent 1. & §. ult. l. 24. ff. h. t. Quod si rem medio tempore emtor obligaverit, ipso jure per redhibitionem pignoris nexus non dissolvitur, sed emtoris est rem luere & ita liberam restituere, l. bovem 43. §. pignus 8. ff. h. t. adde tit. quib. mod. pign. vel hyp. solvit. n. 8. &, si servus redhibendus in fuga sit sine culpa emtoris, cautio præstanda de servo persequendo, qui in fuga est, ac restituendo, si in emtoris potestatem redactus sit, l. redhibere 21. §. ult. l. 12. ff. h. t. denique præstare tenetur emtor id omne, in quo res per culpam emtoris deterior facta est, l. cum autem 23. ff. h. t.

5. Quanti minoris actio, itidem arbitraria, emtori datur contra venditorem, præcipue ob defectum, quem si scivisset, tanti non fuisset emturus; ad id, ut restituatur ex pretio, quanti minoris valet res, l. quoties 61. ff. h. t. Quem in finem facienda rei æstimatio, adeo ut, si plures simul res uno pretio emtæ sint, tam non vitiosarum quam vitiosarum bonitas æstimanda sit, indeque colligendum, quantum oporteat ex pretio reddi. Secus, si non confuse universis rebus pretium constitutum fuerit, sed rerum singularum definito valore universæ deinceps tanti venierint, quantum ex consummatione singularum fiebat, l. si plura 36. l. ædiles ajunt 38. §. si forte 13. l. Labeo

scribit 64. *ff. h. t.* Vult tamen Grotius, eo casu, quo non in universum impeditus, sed tantum minor est usus rei ex morbo vitiove, electionem emtoris esse, utrum a tota venditione resilire velit re reddita, an eadem retenta partem pretii, quanti minoris res valet, repetere, *manud. ad jurispr. Holl. l.* 3. *cap.* 15. *n.* 33. 34.

6. Ceterum inter redhibitoriam & quanti minoris actionem illud interest, quod redhibitoria intra sex menses regulariter instituenda sit, nisi aliud tempus conventione definitum appareat; vel justa causa aliud suadeat, *l. sciendum* 19. §. *ult. l. quod si nolit* 31. §. *si quid ita* 22. 23. *l. ædiles* 38. *ff. h. t.* aut nisi venditor de iis, quæ ædilium edicto comprehensa sunt, non caverit, qualia sunt, *sanum esse, vespillionem non esse, furem non esse, esse* (*id est edere*) *& bibere, ut oportet, l. ex emto* 11. §. *animalium* 4. *ff. de act. emti, l. si ita quis* 31. *ff. de evictión.* junct. *l.* 38. *ff. h. t.* vel tantum subsit vitium in accessionibus; quæ etiam æque ac res principales, integræ ac sanæ præstandæ sunt, *l. itaque* 32. *l.* 33. *ff. h. t.* quippe quibus in casibus intra menses duos agendum foret, *l. si venditor* 28. *l. ædiles ajunt* 38. *ff. h. t.* At quanti minoris actioni anni spatium ab ædilibus vulgo præscriptum fuit illis in casibus, quibus redhibitoriam semestrem fecerant; sex vero menses toties, quoties redhibitoria diebus sexaginta circumscripta erat, *d. l.* 19. §. *ult. l.* 28. *l.* 38. *ff. h. t. l. cum proponas* 2. *C. h. t.* Curruntque hæc tempora ex die venditionis, aut, si dictum promissumve quid est, ex eo, ex quo dictum promissumve fuit, *d. l.* 19. §. *ult. l.* 20. *ff. h. t.* In Gallia tamen novem tantum dies redhibitoriæ actioni movendæ datos esse, post alios tradit Groenewegen *ad l.* 19. *&* 38. *ff. h. t.* quod de nostris moribus haud admittendum, sed magis anni spatium, aut tempus jure civili statutum. Vide Grotium *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 30. *& seqq.* & *cap.* 17. *num.* 6. Sed & secundo, redhibitoria tantum semel agi potest, cum semel tantum, non sæpius, idem possit contractus resolvi, ut tamen is, qui ob unum vitium redhibitoria egit, nec obtinuit, postea ob aliud ejusdem rei vitium agere redhibitoria prohibendus non sit, arg. *l. si tamen* 48. §. *pen. ff. h. t.* At quanti minoris actionis sæpius emtor efficaciter experiri potest, modo ne sæpius agendo lucrum captet, & bis ejusdem rei æstimationem consequatur, *l. quod si nolit* 31. §. *si quis egerit* 16. *ff. h. t.* Plane, si una ex his emtor intra sex menses egerit, altera agere amplius non potest, exceptione rei judicatæ repellendus, *l. si is, qui* 25. §. *est in* 1. *ff. de except. rei judicatæ.* Nec obstat *l. bovem* 43. §. *aliquando* 6. *ff. h. t.* cum illic post actionem quanti minoris æstimatoriam non moveatur redhibitoria, sed per actionem quanti minoris emtor, interveniente officio judicis, consequatur effectum actionis redhibitoriæ, ut nempe reddito mancipio vendito pretium recipiatur, quia ob vitium emergens adeo nullius habetur pretii, ut ne expediat quidem tale mancipium habere; atque ita verum est, quod in *d. l.* 25. §. 1. *ff. de exceptione rei judic.* a Juliano scriptum, in actione quanti minoris etiam redhibitionem contineri, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor empturus non fuerit. Minus adversatur, *l. si tamen* 48. §. *non nocebit* 2. *ff. h. t.* Non enim illic actio redhibitoria intentata fuerat, sed emtor solo sex mensium lapsu a *redhibitoria* exclusus, intra annum quanti minoris æstimatoria agere volens admittendus dicitur.

7. Si plures emtoris unius heredes vel domini sint, omnes redhibere debent, nec unus eorum audiendus est, pro sua tantum parte redhibere desiderans; ne venditor invitus adigatur ad communionem, quod jura non sinunt, *l. quod si nolit* 31. §. *si plures* 5. *ff. h. t.* junct. *l. si non sortem* 26. §. *si centum* 4. *ff. de condict. indeb. l. ult. C. communi divid.* Idemque est, si plures ejusdem rei emtores sint; nisi singulis partes distinctæ essent venditæ; tunc enim singuli suam, quam emerunt, partem recte redhibent, cum ita non ad novam quandam communionem adigatur venditor, sed magis ad eam reducatur, in quam sese, partes suæ rei distinctas singulis vendendo, sponte conjecerat, *d. l.* 31. §. *si venditori* 10. *ff. h. t.* vel nisi res vendita jam extincta sit, aut jam tota sit redhibita; in quantum tunc singulos pro suis portionibus ad pretii restitutionem redhibitoria agere, nihil vetat; cum ita nulla communio introducatur, *d. l.* 31. §. *idem ait* 6. *ff. h. t.* Unde & eandem ob causam ex pluribus emtoribus singuli possunt pro sua parte quanti minoris actionem movere ad pretium pro rata recuperandum, licet non partes singulæ singulis, sed tota res communiter uno pretio pluribus distracta sit, arg. *d. l.* 31. §. 6. Quod si plures rem eandem vendiderint, sive communiter uno pretio, sive per partes, vel uni venditori heredes extiterint, singulis sua pars recte redhibetur; eo quod tunc non de novo introducitur communio, sed ea sola reducitur, quæ ante venditionem jam fuerat inter plures ejusdem rei dominos; vel venditione non interposita fuisset inter plures venditoris unius heredes, *d. l.* 31. §. *si venditori* 10. *ff. h. t.* Quamvis & uni ex pluribus venditoribus, qui majore ex parte dominus fuit, vel quo majorem partem nullus habuit, res in solidum redhiberi ex jure Romano potuerit, *l. justissime* 44. §. 1. *ff. h. t.* quod tamen hodie non servari, sed singulos pro sua tantum parte conveniendos esse, vult Groenewegen ad *d. l.* 44. §. 1.

8. Ut autem his actionibus locus sit, ante omnia necesse est, ut venditionis conditio, si quæ adjecta jam extiterit; quia imperfecta emtio arbitrio judicis perfecta fieri non potest; & ideo, si ex emto vel vendito vel redhibitoria ante actum fuerit, expleta conditione iterum agi poterit, *l. bovem* 43. §. *si sub* 9. *ff. h. t.* Deinde requiritur, ut vitium morbusve, aut saltem causa ejus, venditionem antecesserit; cum posteriores casus ex vulgata emtionis natura non venditoris sed emtoris periculo sint; nisi venditor non vitiosum in futurum fore rem temere promiserit; quippe quo casu promissi fidem, utcunque hoc impossibile esse videatur, servandam esse, rescriptum fuit *l. si apud* 3. *C. de ædilit. act.* Præcessisse vero vitium tunc præsumendum est, cum brevi post venditionem apparuit: qua in re peritorum judicio multum tribuendum est. Sed & morborum vitiorumve gravius subesse oportet, quod usum ministeriumque rei impediat: neque enim quodlibet quam levissimum efficere potest, ut, quod venditum est, morbosum vitiosumve habeatur; non levis febricula, aut vetus quartana, quæ tamen jam sperni potest, aut vulnusculum modicum, aut mediocre ulcus, aut levis oculorum lippitudo, vel dentis auriculæve dolor, *l.* 1. §. *proinde* 8. *l. ob quæ vitia* 4. §. *ult. ff. h. t.* Corporis quoque, non item animi solius vitium, edicto ædilium locum fecit, unde nec aleatores, nec vi-

nalos, nec gulosos, nec impostores, nec mendaces, nec litigiosos, nec pigros, nec præter modum timidos, cupidos, avaros, melancholicos, protervos, nec jumenta pavida aut calcitrosa, edicto ædilium contineri, apertum est ex *l.* 1. §. *apud* 9. & §. *ult. l.* 2. *l.* 3. *l.* 4. *pr.* & §§. *seqq. l. quæritur* 14. §. *item de eo* 4. *ff. b. t.* licet de hisce animi vitiis emtori actio competat *d. l.* 4. *pr. ff. b t.* cujus etiam actionis intuitu accipiendum est, quod Paulus scripsit, vitiosum plerisque dici bovem, qui cornu petit, ac jumenta, quæ sine causa turbantur, & semet ipsa eripiunt, *l. bovem* 43. *ff. b. t.* Plane, si de animi solius vitiis a venditore quid dictum promissumve fuerit; vel servus venditus erro aut fugitivus sit; vel animi vitium etiam ad corpus pertingat, atque ita corporis & animi mixtum vitium videatur, dum adeo fatuum aut morionem venditor distraxit, ut nullum in eo usum emtor habeat, ædilitiæ actiones admissæ sunt, *d. l.* 4. §. *idem Pomponius* 3. & 4 *ff. b. t.* Adhæc latens oportet esse vitium, ut emtor probabiliter illud subesse ignoraverit: unde ob id, quod servus venditus gibbosus fuit, vel curvus, vel pruriginosus, vel scabiosus, vel mutus & surdus, vel cæcus, redhibitionem esse negat cum Viviano Ulpianus, ex emto dat actionem, *d. l.* 3. *l.* 4. *pr. l. quæritur* 14. §. *ult. ff. b. t.* & respectu hujus actionis ex emto rursus verum est, quod ab eodem Ulpiano aliisque traditum, sanum non esse, cui lingua præcisa, aut digiti amputati, quive aliter mutus est, *l. si cui lingua* 8. *l.* 9. *l.* 10. *pr.* & §. 1. *ff. b. t.* suggerente id ipsum satis aperte Ulpiano, in *d. l.* 10. §. 1. *in fine*, cum ait, tales morbosos esse secundum *suprascriptam distinctionem*, quæ erat secundum *l.* 4. *pr.* quod ob ea vitia redhibitio non esset, ex emto actio esset, utraque certe lex & Ulpiani est, & ex libro primo ad edictum ædilium curulium deprompta, ut inscriptio utriusque docet.

9. Observandum tamen, variis ex causis variisque in casibus has ædilitias actiones denegari; præcipue eas excludit scientia emtoris, sive ille verbis apertis aut rebus ipsis, & factis a venditore monitus fuerit, secundum antedicta, sive aliunde cognoverit ante venditionem, rem vitio latente laborare, *l. si tamen.* 48. §. *ei, qui* 3. & 4. *ff. b. t.* Quid juris sit circa servi & domini scientiam aut ignorantiam, si servus vel ex mandato domini rem certam emerit, vel sine domini mandato rem emerit vitiosam suo vel domini nomine, vel denique mandatum domini de re incerta emenda intercesserit; quid itidem circa procuratoris & domini mandantis scientiam aut ignorantiam statuendum sit, vide plenius tractatum a Cujacio *tract.* 8. *ad Africanum, ad l.* 51. *ff. b. t.* Adde Bachovium *ad Treutlerum vol.* 2. *disp.* 2. *th.* 3. *lit.* C. Scientiæ autem emtoris simile habendum, si emtor artifex fuerit, & secundum artis suæ præcepta scire facile potuerit atque debuerit vitium, quod subest, Mævius ad *jus Lubec. lib.* 3. *t.* 6. *art.* 15. *n.* 6. & *seqq.*

10. Venditoris scientiam, aut ignorantiam quod attinet, ea quantum ad has actiones non consideratur, dum placuit, venditorem, etiamsi ignoravit ea, quæ ædiles præstari jubent; tamen teneri debere (si modo excipias servitutem celatam secundum ea, quæ supra *num.* 1. notata) quia non interest emtoris, an ignorantia venditoris fallatur, an calliditate, *lib.* 1. §. *causa* 2. *ff. b. t.* Quamvis venditor, qui vitium scivit, insuper ad damni totius, quod emtori ex vitiosa re illatum est, reparationem teneatur; ad quam non est obligatus, qui ignoravit, nisi fuerit artifex, *l.* 1. *C. b. t.* arg. *l. Julianus* 13. *ff. de act. emti, l. sed addes* 19. §. *si quis dolia* 1. *ff. locati.* Mynsingerus *cent.* 1. *ob serv.* 56. *in fine.* Ant. Faber *Cod. l.* 4. *tit.* 33. *defin.* 1. Mævius ad *jus Lubec. l.* 3. *tit.* 6. *art.* 14. *n.* 11. & *seqq.* De cetero venditorem, qui vitium scivit, non excusabit, quod tempore venditionis generaliter pactus fuerit, ac protestatus, se rem vendere, qualis est, nec de vitiis ejus morbisve velle teneri; eo quod generali illa formula callide atque insidiose obscure locutus videtur; qualem omnino teneri patet arg. *l. ea quæ* 43. §. *ult. ff. de contrab. emt.* Ant. Faber *d. lib.* 4. *tit.* 33. *defin.* 1. *num.* 4. 5. Gometius *variar. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *num.* 49. Quin imo, si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo, & de cetero sanum esse dixerit aut promiserit, standum quidem est eo quod convenit, si venditor morbi istius certam scientiam non habuerit, quia remittentibus actiones suas non est regressus dandus; sed si sciens morbum, consulto reticuerit, dandam esse de dolo replicationem, Ulpianus tradit *l. quæritur* 14. §. *pen. ff. b. tit. l. tenetur* 6. §. *ult. l. quæro* 19. *ff. de action. emti*, Mævius *ad Jus Lubec. lib.* 3. *tit.* 6. *art.* 14. *n.* 14. 15.

11. Cessant præterea hæ actiones, si vitium ita sanatum fuerit, ut perinde habendum sit, ac si nunquam vitium adfuisset, *l. quod ita* 16. *ff. b. t.* Tiraquellus in *tractatu, cessante causa cessat effectus n.* 229. 230. Hippolitus Bonacossa *tractatu de quo seu caballo quæst.* 444. si emtor servum manumiserit, aut rem emtam sua suorumve culpa amiserit, *l. si hominem* 47. *ff. b. t.* arg. *l. redhibere* 21. §. *ult. ff. b. t.* Si emtor, postquam rescivit vitium rei, pretium nihilominus sponte solverit, arg. *l. sum te non* 2. *Cod. de bis quæ vi metusve causa*, Hippolitus Bonacossa *tractatu, de equo seu caballo quæst.* 271. Caballinus *de ædilit. edict. c.* 2. (*vel* 3.) *n.* 11. si, cum agere cœpisset pœnitentia ductus retinere rem vitio non obstante, velit, *l. si tamen* 48. §. *audiendus* 1. *ff. b. t.* si executores, aut creditores, aut bonorum curatores auctione publica rem distraxerint, ignari eam vitio laborare (secus si ipse dominus ex libera voluntate) Ant. Matthæus de *auction. lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 24. 25. si venditio fiscalis fuerit, id est, si fiscus rem suam vendat: contra, quam obtinet, si respublica aut pupillus aut civitas rerum vitiosarum distractionem fecerit, *l.* 1. §. *illud* 3. 4. 5. *ff. b. t.* Non etiam locum habent in venditione rerum simplariarum, id est, viliorum, quarum nomine non in duplum sed in simplum tantum de evictione cavendum fuit, *l. si tamen* 48. §. *ult. ff. b. t.* junct. *l. emtori duplam.* 37. §. 1. *ff. de eviction.* nec in donationibus, adeo ut ne de impensis quidem in rem donatam per donatarium factis donator teneatur, ne liberalitatis suæ pœnam subeat, nisi in dolo sit, *l. ad res donatas* 62. *ff. b. t.* arg. *Aristo ait* 18. §. *ult. ff. de donat.* Sed nec in locationibus; idque vel quia nunquam ædilium hac de re jurisdictio fuit, vel quia non similiter locationes ut venditiones fiunt, *l. sciendum est* 63. *ff. b. t.*, id est quia non ita in locationibus de transferenda rei proprietate agitur; atque quidem in venditionibus, &, quæ venditioni hic similes, *l. sciendum tamen* 19. §. *deinde* 5. *ff. b. t.*) permutationibus, nec tanta læsio esse potest propter vitium rei in mercede locationis, pro usu, quanta quidem in pretio re-

tum in emtione; ut proinde locati conducti actionem huic rei sufficere visum fuerit. Nec adversatur *l.* 33. *C. de locato*, qua inter alia motus Cujacius, etiam ad locationes edictum ædilitium censuit porrigendum *lib.* 12. *observ.* 38 cum lex illa simpliciter de anni spatio loquatur, dum redhibitoria intra sex menses movenda est; nec ullam morbi vitiive mentionem habeat, atque insuper locatori æque ac conductori accommodetur; quod non patitur natura ædilitiarum actionum, per quas emtoribus tantum adversus venditorum fallacias succursum dicitur, *l.* 1. §. 2. *ff. h. t.* Denique, quamvis ex jure Romano plurima propter vitia servorum, jumentorum, ceterorumque animalium redhibitoriæ & quanti minoris actiones emtori permissæ fuerint, quæ vitia, tum sufficientia, tum ex adverso haud sufficientia, enarravit longa serie Justus Meyerus in *Collegio Argentorat. ad hunc tit. n.* 11. *& seqq. usque ad num.* 19. nostris tamen moribus difficilius hæ admittuntur: etenim in equis regulariter ob duo tantum vitia, cæcitatem latentem in oculis, & super ossa in pedibus, quæ *Spatten en Gallen* dicuntur, redhibitioni locum esse, vult Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 19. *num.* 16. quæ continentur formula, quod equus præstandus sit *Klaar van Sessen* nempe duobus oculis & quatuor pedibus. Sed & ob vitium latens vermium in pedibus redhibitionem fieri posse, responsum est in *part.* 3. *vol.* 2. *consil. Holl.* 107. Quin imo, si equus brevi post venditionem moriatur, & latens intestinorum vitium inveteratum ex sectione appareat, quod morti causam præbuit ex peritorum judicio, non dubitandum videtur, quin ad pretii restitutionem venditor damnari debeant, Mævius *ad jus Lubecense lib.* 3. *tit.* 6. *art.* 14. *num.* 5. *& seqq.* Perezius *C. h. t. num.* 4. De cetero ob id, quod equus lunaticus, aut retrogradus, aut pavidus, aut calcitrosus probatur, redhibitionem hodie non admitti, usus docet, & testis est Leeuwen *d. loco,* qui & *sequenti n.* 17. de animalium mactilium tum boum & ovium tum porcorum vitiis morbisve, judicio peritorum artis, & huic negotio publice præpositorum, æstimandis ac dignoscendis, vulgoque notis, agit.

12. Est insuper actio alia ex ædilitio edicto adversus eos, qui puerum servum castrarunt, in quadruplum, *l. si servus servum* 27. §. *& si puerum* 28. *ff. ad leg. Aquil.* Est & alia in factum in eos, qui canem, verrem, aprum, ursum, leonem aut aliud simile animal ibi habent, qua vulgo iter fit, ad ducentos aureos, si liber homo perierit, sin ei nocitum sit, quanti judici æquum videbitur; in duplum vero damni dati, si rebus ceteris æstimabilibus læsio illata sit, *l. hi enim* 40. *& ll. seqq. ff. h. t.* Quam tamen dupli pœnam moribus cessare, nec ultra æstimationem læsionis ad id quod interest ascendere condemnationem, notat Groenewegen ad §. *ceterum* 1. *Inst. si quadrupes paup. fecisse dicatur.* Quod autem edicto prætoris de dejectis & effusis ob hominem liberum occisum actio tantum ad quinquaginta aureos comparata fuerit, *l.* 1. *ff. de his qui effud. vel dejecerint,* ex hoc vero ædilium edicto ad aureos ducentos, ejus hanc non inepte rationem dixeris, quod gravius delinquit, qui ferum animal, cujus ea natura est ut noceat, habet ibi qua vulgo iter fit; minus, qui hominem negligentiorem, non ita nocere solitum, intra suas ædes recipit: quodque ædilibus principaliter & jure singulari, non ita ex professo prætoribus, viarum cura demandata fuit, unde nec mirum, si ædiles rigidius quam quidem prætores, executi fuerint ea, quæ contra viæ publicæ committebantur securitatem.

TITULUS II.

De evictionibus & duplæ stipulatione.

SUMMARIA.

1. *Quid sit evictio, & quibus modis fiat, ut de evictione actio non nascatur?*
2. *An & per retractum legalem aut conventionalem?*
3. *Quando pro evictione fidejussoribus datis cavendum sit? Si non ex lege municipali aut pacto fidejussor datus sit, sed tantum ob id, quod in limine contractus immineat evictio, fidejussor non tenetur in omnes casus evictionis, sed tantum in eum qui imminebat.*
4. *Cujus loci lex sit spectanda in quæstione, an fidejussor pro evictione mobilium aut immobilium dari debeat? Cujus loci seu territorii fidejussor dandus sit? Et quid, si auctor fidejussorem invenire nequeat?*
5. *In quibus negotiis evictionis præstatio locum habeat? ubi de emtione. Quid si fiscus aut Princeps vendiderit? Quid, si evictæ sint res ex decreto judicis solemniter distractæ? Et an creditor teneatur de evictione pignoris a se venditi?*
6. *Quid juris circa præstationem evictionis, si res jure belli capta per fiscum sint venditæ, ac postea per pacis conditiones ad dominos pristinos redeant?*
7. *An evictio præstanda in datione in solutum?*
8. *An in judiciis divisoriis familiæ erciscundæ &c.*
9. *An in locatione?*
10. *An in transactione?*
11. *An in dote?*
12. *An in legatis?*
13. *An in donatione?*
14. *An in feudi aut emphyteusios concessione?*
15. *Etiam ob partis evictionem agi potest, modo pars sit homogenea, non heterogenea.*
16. *Parti homogeneæ comparatur jus ususfructus, pignoris, superficiei evictum. An & jus servitutis prædialis? An & accessiones rei? & quid moribus?*
17. *Qui agere possint de evictione? qui conveniri? An heredes ac fidejussores? an in perpetuum teneatur, qui cavit,* dat het goet sal waren en vrijen Jaar en Dag?
18. *Si plures sint venditores vel unius venditoris heredes, an singuli in solidum teneantur defendere, & an re evicta, singuli in solidum obligentur emtori?*
19. *An teneantur executores litium, procuratores, tutores, curatores? An, qui consenserunt in venditionem? An moribus uxor, si maritus rem alienam, vel rem uxoris suæ contra statuti prohibitionem vendiderit?*
20. *Denunciandum auctori, litem motam esse. Quomodo tunc auctor possit emtorem in lite juvare? Quid juris, si non defendat?*
21. *An denunciatio recte fiat procuratori auctoris? An pupillo sine tutore? An singulis, si plures aucto-*

res vel heredes? An auctori primo per emtorem secundum? An fidejussori? An domino servi vendentis?

22. *An denunciandum auctori scienti? An in causa notorie injusta? An emtor regressum habeat, si omissa denunciatione victus, ipse doceat causam auctoris injustam fuisse?*

23. *An denunciatio fieri post litem contestatam? An post appellationem?*

24. *Quid, si pacto sit remissa nunciatio? Quid si auctor latitaverit, an fiat?*

25. *Quid recuperet agens de evictione per actionem ex emto aut similem? An & impensas in rem factas? An & impensas in litem? An & tunc, cum emtor non vincitur, sed vincit?*

26. *Si post venditionem decrevit pretium rei venditæ, an ob id tanto minus emtor evictionis nomine consequatur?*

27. *Evicta actione vendita, an emtor tantam pretium, quod dedit, an totam quantitatem actione comprehensam recuperet?*

28. *Jure civili etiam erat actio ex stipulatu, in simplum vel duplum vel quadruplum. Quid moribus?*

29. *Durant actiones de evictione triginta annis. An auctor evitet has actiones, si rem evictam postea offerat emtori?*

30. *Recensentur multi casus, quibus cessat evictionis præstatio.*

31. *An & quo usque teneatur de evictione, qui tantum vendidit* incertum juris sui; *uti &, qui specialiter pactus est ne teneatur de evictione?*

32. *An is, qui sciens emit rem alienam, nec sibi de evictione caveri curavit, pretium repetere possit?*

33. *An ob id agi possit, quod fundus venditus postea publicatus est?*

34. *An & quando emtor de evictione agere possit, si casu res apud emtorem perierit?*

35. *Quid juris, si ex pluribus rebus uno pretio venditis una evincatur, & cetera adhuc tanti valeant, quantum pretii nomine datum? Quid si pars fundi evincatur, & pars non evicta habeat adhuc quantitatem venditione expressam?*

1. CUm in solius domini potestate regulariter sit, rei suæ dominium in alium transferre, nec quisquam possit alium rei dominum efficere, qui ipse prius dominium rei nactus non est, *l. nemo plus juris* 59. *de reg. jur.* sæpe fit, ut auctoritate publica judicis evincantur, quæ per non dominos nullo jure alienata aut onerata sunt. Et quamvis negari nequeat quin & illis, qui sine ullo justo titulo rem adepti sunt, ea evincatur, dum forte adversus fures, prædones & similes rerum alienarum possessores rei vindicatio per dominum instituitur; tamen in hoc titulo, in quo de evictione præstatione & actionibus eo nomine competentibus tractatur, evictio est *rei nostræ, quam adversarius justo titulo acquisivit, per judicem facta recuperatio*, arg. *l. non tamen* 24. *ff. h. t.* ac non modo per vindicationem contingit, sed & per hereditatis petitionem, actionem noxalem, aut præjudicialem de libertate; cum ex omnibus hisce causis emtori non liceat rem habere, *l. venditor* 2. *pr. ff. de hered. vel act. vend. l. evicta re* 16. §. 1. *l. sed hoc* 26. *l. si mancipium* 34. §. *ult. l. minor.* 39. §. *pater* 3. & 4. *ff. h. t. l. si a substituto* 45. §. 1. *ff. de legatis* 1. *l. si post* 24. *C. h. t.* Idemque est, si emtor judicio familiæ erciscundæ vel communi dividundo ad rei in solidum emtæ divisionem aut adjudicationem subeundam compulsus sit, *l. si mancipium* 34. §. 1. *ff. h. t.* vel ad litis æstimationem damnatus, aut cum rem vindicaret, a possessore judicio superatus fuerit, *l. evicta re* 16. §. *duplæ* 1. *l. si servus* 21. §. & *ideo* 2. *ff. h. t.* vel ei per hypothecariam actionem victo, quia pignus non luebatur, possessio ablata fuerit. *l. si prædium* 4. *l. cum tibi* 22. *C. h. t. l. si mancipium* 34. §. *ult. l.* 35. *l. rem hereditariam* 65. *ff. h. t.* vel si, cum minor rem Titio, Titius dein Mævio vendidisset, minor adversus Mævium quoque restitutus sit, tanquam venditione prima læsus, *l. minor* 39. *ff. h. t. l.* 1. *C. de fidejuss. minor.* vel major ex justa causa restitutionem obtinuerit, *l. si, cum venditor* 69. §. *si is* 1. *ff. h. t.* Denique generaliter, si quocunque judicii genere effectum sit, quo minus emtori rem habere liceat, ac ejus recuperandæ spes omnis præcisa appareat, *l. si mancipium* 34. §. 1. junct. *l.* 35. *ff. h. t.*

2. Non tamen evictio, quæ per auctorem præstanda foret, intelligi debet intervenisse, si retractu legali res per agnatos venditoris aliosque similes ablata sit, cum illud culpæ venditoris adscribi nequeat, quippe qui non alienam, sed propriam rem jure vendidit, sed magis casui ex legis dispositione propter emtoris ipsius qualitatem, quod scilicet ille non cognatus sed extraneus sit; quæ aut scivit, aut scire potuit atque debuit emtor: unde & retractum patiens tantum pretium recuperat, ut pluribus in materia retractus dictum, non item omne id quod interest, perinde ut illi, qui scienter emerunt alienum. Tiraquellus *de retractu gentilit.* §. 1. *gloss.* 9. *n.* 34. Mangilius *de evictionibus cap.* 134. *n.* 1. *et seqq.* Caballinus *de eviction.* §. 3. *num.* 167. Gomezius *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 40. *in fine.* Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 12. Perezius *Cod. h. t. num.* 8. Longe minus ad evictionis præstationem pertinebit, si conventionalis retractus circa rem venditam jam ante in pactionem deductus sit; cum pactum de retrovendendo aliudve simile rem non afficiat, nec ea penes tertium existens avocari ab eo possit, sed tantum personalis actio adversus paciscentem ac pacto non stantem, comparata sit; nisi secundum jus civile venditor pactus sit, ut oblato pretio res sit inemta, vel rem suam recuperet, arg. *l. si, cum venderet* 13. *ff. de pignorat. act. l. commissoria* 4. *C. de pactis inter emt. et vend.* aut nisi in ipso solemni actu traditionis secundum mores pactio coram lege loci facta & ita traditionis instrumento inserta esset; ut dictum *tit. de contrah. emt. n.* 16.

3. Evictionis hujus metuendæ intuitu per auctorem, a quo scilicet res ad alium justo titulo transfertur, cautio præstanda est, regulariter quidem nuda repromissione secundum jus Romanum, quandoque tamen satisdatione, quoties scilicet id nominatim actum est, vel in limine contractus imminet evictio, *l. emtori duplam* 37. *pr. l. si dictum* 56. *ff. h. t. l. si post* 24. *C. h. t. l. pen.* §. 1. *de peric. & comm. rei vend.* Jacobus Coren *consil.* 3. *in notis.* Mangilius *de evictionibus quæst.* 85. *num.* 1. & *seqq.* vel statutum nominatim omnibus auctoribus satisdationem datis fidejussoribus de evictione præstandam imponit, uti id quibusdam in locis obtinet immobilium intuitu, testante Hugone Grotio *in manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *n.* 13. Simone van Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 4.

cap. 19. *n.* 15. Jacobo Coren *d. consil.* 3. Multum interim refert, utrum ex pacto vel lege fidejussor dandus sit, an, quia in limine contractus evictio imminet; ubi enim ex pacto venditioni adjecto fidem suam pro evictione fidejussor interposuit, in omnes omnino evictionis casus quacunque ex causa contingentes obstrictus est. At cum ob id tantum fidejussor intervenit, quod in limine contractus evictio imminebat ex hac vel illa certa ac speciali causa, ne alias emtor opposita doli exceptione pretii solutionem declinet, (ut potest juxta *l. pen.* §. 1. *ff. de peric. & commi. rei vend. l. ex his prædiis* 5. *C. h. t.* Jac. Coren *consil.* 13. *num.* 18. *& seqq.*) magis est, ut tantum in ipsam illam specialem evictionis causam, non item in alias tunc ignotas, de quibus ne cogitatum quidem est, videri possit fidejussor devinctus esse. Cum enim causa satisdationis interponendæ specialis tantum sit, lis scilicet illa, quæ jam cœpta moveri, qua non posita, repromissione potuisset auctor defungi ex jure communi, consequens est limitatam causam etiam limitatum tantum ad illam causam, & non generalem effectum producere, ut post alios Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 5. *def.* 9.

4. Quoties autem de eo quæritur, an pro evictione dandus sit fidejussor, nec ne, spectanda videtur non mobilium tantum, sed & immobilium intuitu lex loci illius, in quo contractus celebratus est, licet in loco situs rerum immobilium aliud statutis cautum esset, *l. si fundus* 6. *ff. h. t.* Jacobus Coren *consil.* 3. *n.* 1. 2. Cujus ea ratio est, quod de evictione cautio ad solemnia, aut saltem ad accidentia contractus & contrahendi modum formamque pertinet, arg. *l. pacta conventa* 72. *ff. de contrah. emt.* circa quæ solemnia observandam esse legem loci, in quo contractus celebratur, adstructum plenius *tit. de constit. Principum*, parte altera, *de statutis n.* 13. Atque his etiam consentaneum videtur, eo casu, quo fidejussor dandus est, talem pro evictione dari oportere, qui idoneus & jurisdictioni judicis, in cujus territorio venditio aut alia similis conventio celebrata fuit, subjectus est, arg. *l.* 1. *ff. si quis in jus voc. non iverit l. si fidejussor.* 7. §. *si necessaria* 1. *ff. qui satisd. cog.* Confer Gomezium *varior. resolut. tom.* 2. *cap.* 13. *n.* 6. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 305. Quem si auctor invenire nequeat, vel emtori consentienti hypotheca sufficiens in immobilibus constituenda foret, de quo pluribus actum *tit. de pignor. & hypoth. n.* 20. vel alioquin immobilia ex usu nostrate adhibito solemni decreto judicis, præcedentibus publicis proclamationibus, tradenda sunt. Wassenaar *pract. judic. cap.* 22. *n.* 36. *& seqq.*

5. Negotia quod attinet ad casus, ex quibus evictio præstanda, secundum est, si quidem de evictione fuerit expresse repromissum, nihil referre, cui negotio talis repromissio adjecta sit, cum eo casu non aliud inspiciatur, quam an res evicta sit, ut de evictione stipulatio committatur, *l. sciendum* 52. *ff. h. t. l.* 1. *C. de jure dot. l.* 1. 2. *C. h. t.* Si vero nulla fuerit de evictione repromissio interposita, multis negotiis id naturale est, ut ob rerum ex iis translatarum evictionem actio sit; inter quæ prima est emtio venditio, sive res corporales venditæ & evictæ fuerint, sive incorporales, ut nomina & actiones & servitutes nominatim venditæ, *l. fundum cujus* 46. §. *si per* 1. *l. si plures* 74. §. *ult. ff. h. t. l. si nomen.* 4. *ff. de hered. vel act. vend.* vel jus hereditarium, de quo latius *in tit. de hered. vel actione vendita n.* 4. Plane si fiscus aut Princeps rem vendiderit, uti illa emtori evinci nequit, dum is statim ex privilegio dominium acquirit, ita nec de evictione quæstio esse potest, arg. §. *ult. Inst. de usucapionib.* Sed & si res solemni decreto judicis ex moribus hodiernis traditæ sint, difficilius quidem evictio permittitur, nisi justissimæ restitutionis causæ doceantur de quibus actum in materia *in integrum restitutionis*; interim tamen, quotiescumque extra ordinem evictio rerum sic traditarum domino pristino conceditur, emtori evictio vel per venditorem qui sponte vendidit, vel per debitorem, in cujus liberationem pretium cessit, quin & quandoque per rem, in cujus creditores, quibus pretium solutum, præstanda foret, hactenus saltem ut pretium ad emtorem revertatur; cum iniquum sit, illud sine notabili emtoris culpa in lucrum cedere vel iniquo possessori vel creditoribus aut debitori, arg. *l. un. C. de reputat. quæ fiunt in judic. in integr. restit. l. ult. C. si adversus fiscum, l. si minori* 3. *C. de jure fisci.* Ant. Matthæus *de auctionibus lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 16. 17. 18. & *cap.* 14 *n.* 5. 6. Quæ ut apertius intelligantur, considerandum, creditorem vel jure communi pignora vendere, vel jure creditoris. Si jure communi, id est, rem tanquam suam propriam distraxerit, & non tanquam pignori sibi obligatam, perinde emtori de evictione tenetur, ac si rem plane alienam nullo pignoris jure sibi devinctam alienasset, arg. *l. si mandatu* 59. §. *creditor* 4. *ff. mandati*, idemque est, si ipse duplum evictionis nomine emtori promiserit, quasi & tunc magis jure communi rem ut suam vendiderit; licet adversus debitorem regressum deinde habiturus sit, si duplæ repromissio debitori utilis fuerit, *l. si pignore* 22. §. *ult. l.* 23. *ff. de pignorat. act.* Sin jure creditoris id est, ut talem, quæ ipsi pignoris vinculo tenebatur, ob evictionem pignoris a tertio factam emtori non tenetur; usque adeo, ut pretio necdum soluto emtor illud in præjudicium creditoris juris pignoris distrahentis retinere nequeat, sed ad solutionem compelli possit, *l. cum ea conditione* 68. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. 2. *C. creditorem evict. pignoris non debere l. ex emto* 11. §. *sententiam* 16. *ff. de act. emti*, sed magis emtor, utcunque quodammodo in culpa positus, quod non didicerit cautius mercari, adversus debitorem, cui solutio pretii profuit ad liberationem, actio ad pretii & usurarum medii temporis, non item ejus quod interest, restitutionem ex æquo & bono danda; maxime, quia creditor ex debitoris voluntate, atque ita ipse debitor, quodammodo talem intelligitur venditionem fecisse, *l. si plus* 74. §. 1. *ff. h. t. si ob causam* 13. *C. h. t.* junct. §. *contra* 1. *Instit. quib. alien. licet vel non*, vel etiam emtor per actionem ex emto recte desideraverit a creditore, qui vendidit, sibi cedi actionem pignoratitiam contrariam adversus debitorem ad id quod interest, rem alienam non fuisse pignori datam; cum æquum sit, hoc saltem consequi emtorem, quod sine dispendio creditoris futurum est, *l. in creditore* 38. *ff. h. t.* arg. *l. heredem* 14. *ff. mandati*, *l. cum is, qui* 36. *de fidejussor.* Henricus Kinschot *respons.* 42. Si tamen creditor sciens dolo malo rem alienam sibi pignori datam jure creditoris vendiderit de dolo emtori incipit in pœnam fraudis obligatus esse. Uti enim pignoris contractus inscium creditorem vinculo evictionis non adstringit, ita cum, qui

fraudem admisit ac decepit, non excusat, ac quilibet suis in actibus dolum præstat, *d. l. ex emto* 11. §. *sententiam* 16. *ff. de act. emti*, *l.* 2. *C. creditorem evictionem pignoris non debere*. Quin &, si decretum a non competente judice sit interpositum, vel domino non sit facta denuntiatio venditionis pignoris, magis est, ut ob id evictione secuta, emtor creditorem recte conveniat ad pretii restitutionem, quippe qui potissimum in culpa est, quod requisita subhastationis observata non sint, ac ob id venditio inutilis, ut dictum *tit. de distract. pignorum.* 7. ut proinde ipse etiam præcipue intelligi debeat, eo nomine emtori devinctus. Confer Neostadium *Curia supr. decis.* 100. Responsa Jurisconsult. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 334. (*revera* 234.) *pag.* 672.

6. Quod si prædia hostilia belli jure capta Titius a fisco capiente emerit, iterumque Mævio vendiderit, ac proinde per subsecutas pacis conditiones prædia illa iterum quodam postliminii jure ad dominos pristinos revertantur, adversus fiscum quidem, qui vendidit, regressus haud videtur aut Titio aut Mævio concedendus, cum fiscus non intelligatur ultra illa prædia vendidisse, quam quatenus jure belli liceret dominium retineri, ac proinde per Titium incerta magis prædii retinendi spes emta videatur, quam ipsum prædium, *l. lucius Titius* 11. *ff. h. t.* Sed nec Mævio emtori secundo adversus Titium emtorem primum; cum ex prædiorum situ ac occupatione bellica Mævius scire facile aut præsumere potuerit atque debuerit, belli jure capta ex pacis legibus reditura ad eos, quibus erepta, arg. *l.* 11. *ff. h. t.* Secus quam obtineret, si ex rerum emtarum situ non posset hoc dignosci, dum forte publicata fuerunt bona ejus, qui apud hostes est, & ita per fiscum vendita; de quo vide Neostadium *Cur. supr. decis.* 37.

7. Porro, cum datio in solutum emtioni similis sit, etiam is, cui res in solutum data evicta est, adversus dantem de evictione experiri potest; *l. si prædium* 4. *C. h. t.* junct. *l. ult. ff. quib. ex caus. in possess. eatur*, sive pro debito pecuniario datio in solutum intervenerit, quo casu proprie venditionis vicem obtinet, sive pro re alia corporali aut incorporali, adeoque magis ad permutationem accedat: cum & ob evictam rem ex permutatione datam actio in factum præscriptis verbis ad exemplum actionis ex emto detur ad id quod interest, rem evictam non esse. Quamvis etiam ad restitutionem rei vicissim ex permutatione datæ contendere possit is, qui rei sibi datæ evictionem passus est, ubi id sibi expedire credit, *l.* 1. *C. de rerum permut. l.* 1. §. 1. & *ult. ff. eod. tit. l. si quis aliam* 46. *ff. de solution. l. libera quidem* 8. *C. de sen. ent. & interlocut. l. permutationis* 29. *C. h. t.* Confer Ant. Fabrum *Cod. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 49. & *de error. pragmat. decade* 100. *errore* 7. Cujacium *lib.* 19. *observ.* 133. Gomezium *var. resolut. tom.* 2. *cap.* 2. *num.* 33.

8. Divisio quoque hereditatis & ejus explicandæ gratia interveniens rerum adjudicatio emtionis vice esse dicitur, *l.* 1. *C. communia utriusque judicii*, indeque & ob id, quod res uni adjudicata evincitur, actio adversus reliquos de evictione competit, sive judicis auctoritate sive coheredum consensu divisio facta sit; alio tamen atque alio modo. Nam si coheres sciverit, rem sibi adjudicatam alienam aut alteri obligatam esse, atque ita evictionis periculo obnoxiam, nec tamen sibi de evictione caveri curaverit; ea evicta nullam quidem de evictione actionem habet ad id quod interest, *l. si fratres* 7. *C. commun. utriusq. judicii*, sed æstimationem a reliquis eum consequi pro rata æquum est, ne cum hujus jactura reliqui coheredes locupletentur, quibus res aliæ defuncti propriæ cesserunt ex divisione ac adjudicatione, secundum ea, quæ postmodum de scienter ementibus alienum explicanda erunt, nisi forte incertum evictionis in se recepisset, arg. *l. quod si in* 10. & *l.* 11. *ff. de hered. vel act. vend. l. si familiæ* 14. *C. familiæ ercis.* Sin ignoraverit, aut sciverit quidem sed nominatim de evictione sibi cautum habuerit (uti arbitro familiæ erciscundæ incumbit curare, ut de evictione caveatur his, quibus adjudicat, *l. heredes ejus* 25. §. *pen. ff. famil. ercisc.*) actione ex stipulatu, ubi ea intercesserit, alioquin præscriptis verbis agere potest, *d. l.* 7. *C. commun. utr. judicii*, *l. si*, *cum venditor* 66. §. *ult. ff. h. t. d. l. si familiæ* 14. *C. familiæ ercisc.* Vide Caballinum *de eviction.* §. 4. *n.* 51. Christinæum *ad Leg. Mechl. tit.* 16. *art.* 48. *n.* 4. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 6. *consil.* 19. & 163. Berlichium *concl. pract. par.* 1. *concl.* 24. *n.* 54. & *seqq.* & quæ, licet ab hisce uno in casu diversa, scripsi libello *de famil. ercisc cap.* 13. *n.* 6. & *seqq.* Quod si testator ipse res suas inter coheredes diviserit, an & tunc evictionis præstatio locum habeat, discussum antea *tit. familiæ ercisc. n.* 1.

9. Locationem insuper venditioni similem esse & iisdem prope juris regulis niti cum placuerit, *pr. Instit. de locat. conduct.* non mirum fuit, evicta re locata conductori etiam licuisse experiri per actionem locati conducti ad id quod interest, se rei locatæ ac jam evictæ usu carere, *l. si quis domum* 9. *pr. ff. locati*, etsi hæc propria evictionis præstatio non sit, cum nullum conductori pretium evictæ rei præstandum sit.

10. Adhæc in transactione præstatio evictionis locum invenit, quoties scilicet id, quod transactionis causa datum est, evictum fuerit; nam si ipsa illa res, propter quam lis erat vel metuebatur, quæque per transactionem apud alterutrum litigantium ex transactione constituebatur, evicta sit, neutiquam eo nomine devinctus est, qui quid transactionis nomine accepit; cum per transactionem super aliqua re non id agatur, ut is, penes quem illa manet, dominus ejus fiat; sed tantum, ut per adversarium transigentem res dimittatur, & per eum amplius non stet, quo minus hic rem habeat, nec in posterum litem ultra ab eo, cum quo transegit, patiatur, *l. si pro fundo* 33. *C. de transaction.* Caballinus *de eviction.* §. 4. *n.* 46. Donellus Brunnemannus, Wissenbach *ad d. l.* 33. Gomezius *variar. resolut. tom.* 2. *tit.* 2. *n.* 38. Mantica *de tacitis & ambiguis convent. lib.* 26. *tit.* 7. *n.* 22. Carpzovius *defin. for. par.* 2. *constit.* 34. *defin.* 28. Et quamvis non desint, quibus placuit, ita demum non teneri eum, qui quid transactionis nomine accepit, si rei ipsius litigiosæ possessionem tempore transactionis non habuerit, sed simpliciter, aliquo accepto, reliquerit penes possessorem: diversum autem esse, si possessor rei litigiosæ rem ipsam, aliquo per transactionem accepto, in adversarium transtulerit; quasi tunc venditio magis quam transactio intercessisse videatur. Abraham a Wesel, *de connub.*

bonorum societ. tract. 2. *cap.* 2. *num.* 66. *& seqq. post alios ibi citatos*, vix tamen est, ut eorum sententiam probaveris; cum neque lege ulla id cautum sit; neque translatio possessionis (quæ possessio sæpe tantum facti est, nulla juris specie vel colore quæsito adjuta) immutet naturam transactionis; neque is, qui possessionem transigendo transfert, ullatenus id agat, ut in adversarium dominium transeat, sed hoc unum, ut ipse cedat jure quali quali, quod videri posset in re hactenus possessa habere; perinde, uti jure suo quali quali ac dubio cedit ille, qui cum non possideret, aliquo accepto, a persecutione rei tanquam suæ jam cœpta desistit. Quibus accedit, dubium haud esse, quin æque possidens ac non possidens possit debiliori jure munitus esse, ac transactiones non minus modico accepto & possessione translata expediantur, quam eadem retenta ac modico petenti dato, ut ab ulteriore lite discedat. Ut proinde ex his omnibus magis concludendum sit, contingentem in transactione possessionis translationem aut retentionem evictionis præstandæ intuitu nullam operari debere juris diversitatem. Sane, si possessor accepto prope justo pretio possessionem adversario concesserit, uti tunc emtionem hanc magis transactionis titulo velatam, quam veram transactionem esse non negaverim, ita vicissim concedendum mihi fuerit, non minus emtionem dicendam, si non possidens justo propemodum pretio accepto per possessorem a lite dimittatur; dum plus valet quod agitur, quam quod simulate concipitur, per jura vulgata.

11. Et hæc quidem hactenus de titulis onerosis, in lucrativis non per omnia simile jus est. Nam si dos evicta fuerit videndum, utrum a datione, an a promissione dos inceperit. Si a promissione, condictio vel actio ex stipulatu marito competit, ut alia dos detur. Sin a datione, si quidem æstimata data sit ea mente, ut æstimatio quandam venditionis speciem constituat; actio de evictione danda est, uti propter rem venditam evictam danda foret: si vero inæstimata, vel æstimata quidem, sed ea intentione ne venditio contrahatur, nulla marito ob eam evictam actio est, nisi dolo malo res aliena sic data sit, quippe quo casu de dolo, aut in factum, ob honorem matrimonii, si uxoris ipsius dolus arguatur, agendum foret, *l.* 1. *C. de jure dot. l. quotiens* 16. *l. cum post divortium* 69. §. *cum res* 7. *ff. de jure dot.* junct. *l. plerumque* 10. §. *si ante* 4. *ff. eod. tit.* aut nisi pater rem alienam in dotem dederit, etiam bona fide: cum enim officium ejus sit, dotem pro sua dare progenie: aliam evictæ loco dare compellendus est, arg. *d. l.* 69. §. *gener.* 4. *ff. h. tit.*

12. Legata quod spectat, inter rem in genere ac in specie legatam multum interest; si enim res in genere legata fuerit, veluti homo, equus &c. ac heres generis illius certam speciem suo vel legatarii arbitrio præstiterit, ea deinceps evicta, non dubium, quin saltem ad aliam ejusdem generis speciem ex causa legati solvendam per actionem ex testamento cogi possit, dum voluntas testatoris, genus legantis, per alienæ rei solutionem impleta dici nequit, *l. heres servum* 58. *ff. h. t. l. qui concubinam* 29. §. *si heres* 3. *ff. de legatis* 3. *l. si a substituto* 45. §. 1. *l. si domus* 71. §. *de evictíon.* 2. *ff. de legatis* 1. Sin rem certam ac in specie nominatam testator legaverit, heres eam qualem qualem præstando liberatur, nec, si illa evincatur, aliam ejus loco similem aut æstimationem dare compellitur, *l. si a substituto* 45. §. *ult. l. si legati servi* 56. *l. si servus Titii* 70. §. *de legatis* 1. nisi legatarius probet, testatorem scivisse, rem, quam legabat, alienam esse, vel conjunctæ personæ res aliena a testatore legata sit, arg. §. *non solum* 4. *Instit. de legatis*, *l. cum alienum* 10. *C. de legatis*. Confer Mangilium *de evictíon. qu.* 63. *& seqq.*

13. Plane in donationibus simplicibus ob res donatas evictas donatorem non teneri, verius est, sive a datione, sive a promissione, donatio initium habuerit: licet enim jure novo donatio emtioni in eo adæquata fuerit, quod ex pacto donationis actio ad tradendum competat, §. *alia autem* 2. *Instit. de donat.* non tamen in eo, ut evictio præstanda foret; cum justum non sit, ex sua liberalitate quemquam damnum sentire; usque adeo, ut, si maxime rem alienam sciens dolo malo donaverit, tamen ne sic quidem de evictione ad rei donatæ æstimationem teneatur, sed tantum actione doli ad id quod forte donatarius nonnullas in rem donatam impensas fecerit, quas ab evincente non potuit recuperare, aut alio simili modo in damno hæreat, *l. quoniam* 2. *C. h. t.* junct. *l. Aristo ait* 18. §. *ult. ff. de donationibus*, arg. *l. ad res donatas* 62. *ff. de ædilit. edict.* Vinnius *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 8. *circa finem.* Grotius *manud. ad jurisp. Holl. lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 7. Nisi inter donantem ac donatarium stipulatio de evictione intercesserit, *d. l.* 2. *C. h. t.* (licet ne tunc quidem de evictione actionem dari oportere, Paulus censuerit *recept. sent. lib.* 5. *tit.* 11. §. 5.) vel nisi res in genere per donatorem promissa sit, ac deinde evincatur species illa, quam ad faciendum donationis implementum ex genere præstitit; argumento eorum, quæ superius de generis legato dicta sunt. Brunnemannus *ad l.* 2. *C. h. tit.* Adde Gomezium *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 35. Mangillum *de evict. quæst.* 68. 69.

14. Licet autem ad donationem quodammodo accedere videatur in feudum concessio ac emphyteusis, dum feudum definitur per beneficium, in *lib.* 2. *feud. tit.* 23. nec regulariter canonis aut servitiorum præstatio respondet fructibus majoribus & emolumentis ex emphyteuticario vel feudali prædio percipiendis, tamen, quia fere ad instar dotis hæc qualis qualis liberalitas concedentium in feudum aut emphyteusin onera varia adjuncta habet; ideo jure feudali cautum est, re feudali evicta, vassallum, qui ignoravit alienam esse, habiturum evictionis nomine actionem in simplum, ut scilicet ejusdem bonitatis ac quantitatis prædium præstetur; scienti autem non aliter in id actionem dandam contra eum, qui concessit, quam si pacto speciali id actum fuerit: ipsius concedentis scientia aut ignorantia non considerata, *lib.* 2. *feud. tit.* 8. *in pr. & tit.* 80. Rosenthal *synopsi feudali cap.* 8. *concl.* 29. 30. 31. Gudelinus *de feudis par.* 2. *cap.* 9. *num.* 8. 9. 10. Et de re evicta, quæ in emphyteusin concessa fuerat, emphyteutæ adversus concedentem competere actionem pluribus placuit, arg. *l. stipulatio ista* 38. §. *si quis forte* 3. *ff. de verb. oblig.* Cujacius *ad d. l.* 38. §. 3. Caballinus *de evictíon.* §. 4. *n.* 55. Bachovius *ad Treutlerum vol.* 2. *disp.* 2. *th.* 5. *lit. C.* Berlichius *conclus. pract. par.* 1. *concl.* 24. *n.* 53.

15. Ceterum ut actioni de evictione locus esse possit, non interest, utrum tota res evicta fuerit, an pars ejus, *l.* 1. *ff. h. tit.* si modo pars illa principalis sit,

ac nomen totius retineat, quæ vulgo homogenea appellatur, veluti fundi venditi semis aut alia pars, *l. minor* 39. §. *si a me* 2. *l. qui fundum* 43. *l. ex mille* 64. *ff. b. t.* Nam si heterogenea evincatur, vel rei principalis accessio, veluti domus aut navis venditæ tigna aut tabulæ, ancillæ prægnantis aut vaccæ distractæ partus fœtusve, evictionis nomine non obligatur venditor, quasi evicta parte, *l. nove* 36. *l. si prægnans* 42. & 43. *ff. b. t.* licet ob id actio ex emto haud sit deneganda, unde &, evicta re vendita cum accessionibus, de eo quod accessit non in duplum ex stipulatu, sed tantum ex emto in simplum, & si quid amplius intersit, agendum est, secundum ordinariam actionis emti naturam, *l. evicta re* 16. *ff. b. t.* junct. *l. si in venditione* 60. *ff. b. t.* Quin &, si rei, quæ uno spiritu continetur, veluti bovis aut equi aut servi, pars evicta sit, ne tum quidem de evictione ex vi stipulationis, sed tantum ex emto actio est, nisi specialiter partis quoque mentio fuerit adjecta in duplæ stipulatione, *l. si dictum* 56. §. *in stipulatione* 2. *ff. b. t.* Nec huic contrarium est, quod apud Pomponium legitur, si communi dividundo mecum actum, & adversario servus adjudicatus sit, quia probavit eum communem esse, habiturum me ex duplæ stipulatione actionem; quia non interest, quo genere judicii evincatur, ut mihi habere non liceat, *l. si mancipium* 34. §. *si communi* 1. *ff. b. t.* Non enim illic pars servi, sed propter adjudicationem interpositam & adversario factam totus servus evictus erat: nec ulla penes emtorem pars remanebat. Plane, si ex servis duobus uno pretio venditis unus evictus sit, de evictione venditor obstrictus est, utcunque servus non evictus tanti valeat, quanti uterque simul emtus fuit, *l. si duos servos* 47. *ff. b. t.*

16. Parti tamen homogeneæ evictæ in jure nostro comparatum, si rei venditæ ususfructus vel usus evincatur, quia is multis in casibus dominii pars est, *l. fundum, cujus* 46. *l. si ab emtore* 49. *l. si rem* 62. §. *ult. ff. b. t. l. in vendendo* 66. *ff. de contrab. emt. l. stipulatio ista* 33. §. *si quis forte* 3. *ff. de verbor. oblig.* junct. *l. ususfructus in multis* 4. *ff. de usufr. & quemad. quis utat.* vel jus emphyteusios aut superficiei, arg. *d. l.* 38. §. 3. *ff. de verb. oblig.* vel pignoris, secundum ante tradita *n.* 1. *b. t.* vel servitus realis, quam venditor nominatim dixerat prædio vendito accessuram, *l. pen. ff. b. t. l. in vendendo* 66. *ff. de contrab. emt.* eo quod non prædium modo, sed & ipsa servitus prædio debita tunc nominatim vendita intelligitur, atque ita evictum ad ipsum quod nominatim emtum fuit. Nam & si alia rei venditæ accessura esse specialiter convenerit, de eorum evictione in simplum agi potest, *l. servi venditor* 5. *l. evicta re* 16. *ff. b. t.* Simili ratione, si fundus, *uti optimus maximusque est*, distractus fuerit, & vicinus servitutem evincat, tanquam per istum fundum sibi constitutam, auctorem de servitutis istius evictione obligatum habet: id enim ista formula agitur ut prædium præstetur liberum ab omni servitute; adeoque cum prædio libertas quoque ab oneribus nominatim comparata confertur; unde nec mirum est, si de evictione experiundi potestas tunc data sit, *l. pen. l. cum fundus* 48. *ff. b. t. l. cum venderes* 59. *ff. de contrab. emt.* Extra hos casus magis visum fuit, venditorem ob evictionem servitutis, quæ fundo credebatur competiisse, vel alicujus onere fundus liber existimabatur, emtori non teneri; uti nec de aliis, quæ tacite tantum accedere solent, *d. l. pen. ff. b. t.* Sed magis actioni ex emto, vel quanti minoris ex ædilitio edicto locus est, ubi servitutis onus invenitur impositum, quod a venditore sciente dissimulatum erat, *l. quotiens* 61. *ff. de ædil. edicto*, arg. *l. in venditione* 41. *ff. de act. emti*, quod & innuitur *l. sed si quid* 15. §. 1. *ff. b. t.* si ibi cum Cujacio, Gothofredo in notis, aliisque pro *servus* legatur *servitus*. Et hæc ita, si modo per sententiam judicis hæc jura, rei emtæ pretium augentia, emtori denegata fuerint: nam si emtor metu molestiarum & impensarum litis passus sit vicinos quædam in præjudicium libertatis, aut servitutis prædio debitæ, agere aut exstruere, quæ nocent, auctoris id damnum esse non debet, cum nihil vere evictum sit. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *cons.* 69. *n.* 7. & *seqq.* Nostris interim moribus simplicius placuit, ut quoties servitutes aliquo jure simili evincuntur, utcunque nominatim dictum fuerit, res illis oneribus non esse obnoxias, vel servitutes rebus emtis esse debitas, ad id quod interest emtor agat, venditionis contractu in suo vigore persistente. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 16. *n.* 21. 22.

17. Agunt de evictione non emtores tantum aliique his similes, qui ex causis superius recensitis rem nacti rursus per sententiam amiserunt, sed & heredes eorum, non item successores particulares, quales secundi emtores, nisi iis ab emtore primo actio cessa sit, *l. si res* 59. *ff. b. t.* contra venditores aliosque vulgo dictos *auctores*, & eorum heredes, cum ex conventione obligatio nata sit; nec non contra fidejussores, horumque heredes, *l. auctore* 7. *l. exceptione* 11. *l. si status* 18. *l. ult. C. b. t.* etiam cum fidejussores pro minore venditore fidejusserunt, & is adversus venditionem restitutus est, *l.* 1. *C. de fidejuss. minorum.* Qua occasione disputatum invenio apud Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *cap.* 14. *n.* 7. an auctor aut fidejussor in perpetuum de evictione teneatur, si promiserint ex formula quadam recepta *se evictionem præstituros in annum & diem?* ('t *vercochte goed te waren voor Iaar en Dag*) & in id inclinare virum doctissimum, ut existimet perpetuam inde de evictione obligationem esse. Quod etsi prima fronte mirum videri potest, justo tamen fundamento nititur, tum quia, (uti idem auctor ibidem habet) tempus finitum pro infinito usurpatum videtur; tum etiam, & mea quidem opinione præcipue, quia secundum antiquos Diœcesios Ultrajectinæ mores nemo rem suam ultra annum & diem, seu sex septimanas vindicare poterat, uti id plenius docet idem Ant. Matthæus *de auct. lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 30. *in med.* ac cum eo fere conveniunt antiqua Hollandiæ jura, secundum quæ nullus poterat evictionem pati prædiorum post annum & diem, ex quo illa ei coram lege loci tradita, & id actis insinuatum fuisset, prout hæc explicata ab Hugone Grotio *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 28. & *seqq.* Cum ergo non ultra annum & diem evictionis licentia pristinis rerum dominis permitteaetur, quid mirum, si & evictionis promissio formula, tantum in annum & diem concepta, interposita fuerit, & tamen hoc ipso plenissimam de evictione in perpetuum comprehenderit securitatem? aut quæ absurditas, si quis etiamnum hodie formula vetere uti volens, etiam ejus interpretationem ex more majorum petitam adversus se patiatur? præsertim,

cum licuisset verbis aliis apertioribus uti, arg. *l. stipulatio ista* 38. §. *in stipulationibus* 18. *ff. de verb. obligat.*

18. Quod si plures unius rei pro indiviso possessæ & simul uno pretio distractæ venditores sint, vel plures unius venditoris heredes, singulis quidem in solidum defendendi necessitas incumbit, cum individua hæc defensionis obligatio sit, adeo ut, si omnibus denuntiatum sit, ac forte pauci vel unus tantum defensionis causa in lite substiterit, omnibus vincat aut vincatur, recteque agatur cum ceteris, quod evictionis nomine victi sint, *l. si rem* 62. §. *si ei, qui* 1. *ff. h. t.* si modo unus ille aut pauci in solidum totius rei defensionem facere parati fuerint; nam si quisque eorum, qui se stiterunt, suam tantum partem defendere voluerit, in judicio substitisse neque ipsis præsentibus neque absentibus prodesse potest, propter individuam defensionis naturam, *l. cum ex causa* 139. *ff. de verbor. obligat. l. in executione* 85. §. *in solidum* 5. *ff. eod. tit.* junct. *l.* 2. §. 2. *& seqq. ff. eod. tit.* eo modo, quo & unus ex pluribus dominis servum in solidum defendere cogitur, si ex noxali causa agatur, *l. si cum uno* 4. *ff. si ex noxali causa agatur.* Sed quia pecuniariæ quantitatis, adeoque etiam ejus quod interest, dividua præstatio est, evictione secuta non ultra suam quisque partem actione de evictione per emtorem conveniri potest, *d. l. in executione* 85. §. *in solidum* 5. *ff. de verb. oblig. l. si rem* 62. §. *si ei, qui* 1. *ff. h. t. l. quoniam* 2. *C. h. t.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 14. Carpzovius *defin. for. par.* 2. *constit.* 34. *def.* 29. Sane, si non plures communiter, sed singuli suam partem pro indiviso possessam distraxerit, cum tot venditiones intelligantur, quot partes sunt venditæ, non dubium, quin pro sua tantum quisque parte non modo ad præstationem ejus quod interest ob evictionem, sed etiam ad defensionem suscipiendam devinctus sit, arg. *l. quod autem* 11. §. 1. *ff. de in diem addict. l. si divisa* 13. *C. de locato.*

19. Non tamen de evictione conveniri possunt creditores, qui pignora vendiderunt jure creditoris; de quo latius supra, *num.* 5. Nec executores, qui judicati exsequendi causa pignora judicis auctoritate capta distraxerunt, si illa evincantur, *l. si pignora* 50. *ff. h. t.* Nec procuratores, si mandato instructi, ac qua tales, rem vendiderint, nisi simul in se receperint onus evictionis, *l. si cum venditor* 66. §. *ult. ff. h. t. procurator, qui* 67. *ff. de procurator.* Ant. Faber *C. lib.* 8. *tit.* 31. *defin.* 6. Mangillius *de eviction. quæst.* 187. Nec tutores aut curatores ex suo capite ob evictionem rerum, quas, tanquam ad pupillum aut minorem pertinentes, in alios officio durante transtulerunt, arg. *d. l.* 66. §. *ult.* & *d. l.* 50. *h. t.* Adde Mangillium *de evict. quæst.* 188. Nec illi, qui simpliciter consenserunt in rei distractionem, arg. *l. exceptione* 11. *Cod. h. t.* Tiraquellus *de retract. gentilit.* §. 1. *gloss.* 9. *n.* 55. An autem marito rem alienam vendente, uxor quoque jure statutariæ communionis de evictione teneatur? An & tunc, cum maritus rem uxoris propriam alienavit, posito statuto, quo maritus uxorem quidem obligare, non item immobilia ejus alienare potest, alibi explicandum erit. Vide interim Christianum Rodenburch *de jure conjugum intract. prælim. de statut. diversit. tit.* 2. *cap.* 5. *n.* 9. 10. 11. *pag.* 76. *& seqq.*

20. Illud præprimis monendum venit, non aliter eum, cui res evicta, adversus auctorem reliquosque supra recensitos de evictione experiri posse, quam si auctori tempestive facta fuerit denunciatio, litem motam esse, addito secundum mores exemplo libelli per actorem editi; non eum in finem, ut is litem in se & ad suum forum transferat, sed potius, ut liti assistat, & rei conventi forum secutus defensionem ejus suscipiat, ac præstet auctoritatem, *l. venditor* 49. *ff. de judiciis, l. si rem, quam* 29. §. *ult. l. si fundo tradito* 53. §. 1. *l. si plus* 74. §. *pen. ff. h. t.* Confer si libet, Instructionem Curiæ Hollandicæ *art.* 115. 116. 117. Curiæ supremæ *art.* 235. *& seqq.* Brabantinæ *art.* 511. *& seqq.* Flandricæ *art.* 304. *& seqq.* Wassenaar *pract. judic. cap.* 8. & *cap.* 3. *n.* 18. 19. & *cap.* 4. *n.* 9. Covarruviam *variar. resolut. lib.* 3. *cap.* 17. *n.* 3. Caballinum *de evict.* §. 3. *num.* 33. *et seqq.* & quæ scripsi *t. de judiciis num.* 38. Quo facto, sive auctor liti assistat, ut evitetur collusio, vel etiam se procuratorem in rem suam ab emtore constitui patiatur (secundum *l. si servus* 21. §. *et ideo* 2. *l. si, cum venditor* 66. §. *si secundus* 2. *ff. h. t.*) sive liti sese palam non jungat, sed reo adminicula ac probationes ad jus asserendum suppeditet, sive nihil horum agat semel iterumque secundum loci cujusque morem citatus, sed in universum litem negligat, evictione secuta adversus auctorem regressus est, *d. ll.* si modo ipse emtor pro virili non defuerit defensioni; ne alias propter absentiam magis evictus videretur auctor, quam quia malam causam habuit, *l. si ideo* 55. *ff. h. t.*

21. Sufficit autem, vel ipsi auctori, vel procuratori ejus, auctore tamen præsente & non ignorante, denunciationem factam esse, *l. si dictum* 56. §. *si præsens* 4. *ff. h. t.* Quin & pupillo eam sine tutoris auctoritate fieri posse, si tutor non appareat, benignius apud Romanos receptum fuit, *d. l. si dictum* 56. §. *ult. ff. h. t.* Quamvis nostris moribus in tali casu magis cameræ pupillari vel agnatis ac cognatis proximis denunciandum foret, quo pupillis tutor daretur aut peteretur. Groenewegen *ad d. l.* 56. §. *ult.* Si plures auctores vel plures unius auctoris heredes sint, singulis denunciationem fieri necesse est, *l. si rem, quam* 62. §. 1. *h. t. l. in executione* 85. §. *in solidum* 5. *l. cum ex causa* 139. *ff. de verb. obligat.* cum omnibus & singulis rei totius incumbat defensio, secundum ea, quæ supra dicta *n.* 18. Quod si lis emtori mota sit, cum rem a creditore, pignus jure creditoris distrahente, emisset, debitori magis, cui pretii solutio, ad liberationem profecit, quam creditori denunciandum, arg. *l. si ob causam* 13. *C. h. t. l. si plus* 74. §. 1. *ff. h. t.* Et si res eadem sæpius vendita per plures manus ambulaverit, ac ultimo tandem possessori evincatur, non jure hic primo auctori quasi per saltum denunciaverit, cum nullum inter hos intercesserit negotium, nisi postremo per primum emtorem actiones adversus venditorem primum cessæ fuerint, *l. si res, quam* 59. *ff. h. t.* sed potius emtor postremus auctori suo, atque hic rursus ei, a quo immediate rem nactus est, denunciationem litis motæ facere debet, donec ad primum auctorem deventum fuerit, arg. *l. sed et si post* 25. *ff. h. t.* si enim uni ex auctoribus intermediis denunciatum non sit, evictionis secutæ intuitu nulla in eum actio danda foret, Caballinus *de eviction.* §. 3. *num.* 143. Fidejussori, qui pro evictione intervenit, denunciationem fieri jura non præcipiunt, atque etiam inscium plane litis motæ teneri volunt: eo quod hic

plerumque defensionum æque, ac emtor, ignarus est, atque adeo nec cum fructu liti assisteret, *l. auctore* 7. *C. b. t.* Sed & si servus vendiderit, domino denunciationem fieri necesse non est; imo ipsi servo faciendam esse, si vivat; ac domino tantum, si servus sit mortuus, Julianus scripsit, *l. minor* 39. §. 1. *in fine ff. b. t.*

22. Neque cessat hæc denunciationis necessitas ob id, quod auctor jam aliunde resciverit, litem emtori motam esse: licet enim certiorari non debuerit, qui non ignoraverit, *l. 1. in fine ff. de act. emti*; quia tamen denunciationis adhibendæ duo fines sunt, alter, ut jam certior factus aliquid faciat, seu defensionem suscipiat, consequens est, auctorem litis motæ non ignarum, forsan & præsentem, nihilominus ad defensionem obeundam oportere vocari, arg. *l. si parentes* 20. *in fine C. b. t.* Covarruvias *var. resol. lib.* 3. *cap.* 17. *n.* 5. Fachineus *controv. lib.* 2. *cap.* 35. *in fine*, Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 14. *defin.* 2. Berlichius *conclus. pract. par.* 1. *conclus.* 24. *n.* 55. *& seqq.* Quid, quod nec in causa, quam DD. appellant notorie injustam, denunciationis necessitas remissa censeri debet. Etenim, an causa injusta sit, non emtoris, cui plerumque ignotæ defensiones, quique propterea auctorem in auxilium advocat, sed judicis æstimatio est, arg. *l. prætor ait* 20. §. 1. *ff. de operis novi nunciatione.* Nec huic repugnat *l. ex emto* 11. §. *idem lib.* 12. *ff. de act. emti*, cum ibi non asseratur, omissam fuisse nunciationem. Si tamen is, qui non facta auctori denunciatione evictionem passus est, evincentis ipsius partes suscipiens jus ejus certum asserere possit, atque ita manifestum docere defectum juris ex parte auctoris, regressus ei adversus auctorem haud videtur denegandus, perinde ac si tempestive litis fecisset denunciationem, Caballinus *de eviction.* §. 3. *n.* 73. *& seqq.* Covarruvias *var. resol. lib.* 3. *c.* 17. *n.* 6. Hugo Grotius *manud. a jurisprud. Holl. lib.* 3. *c.* 13. *n.* 17. Christinæus *ad leg. Mechl. t.* 13. *art.* 38. *n.* 12. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 19. *n.* 14. *in fine*, Carpzovius *defin. for. par.* 1. *constit.* 3. *defin.* 24. 25. Sed &, si per venditorem steterit, quo minus ei denunciatio fiat, dum vel absens, vel præsens, & per eum stat, quo minus denuncietur, committitur stipulatio evictionis, perinde ac si rite denunciatum fuisset, *l. si ideo* 55. §. *praesenti* 1. *ff. b. t.*

23. De cetero non tantum ante, sed & post litem contestatam, denunciationis faciendæ facultas emtori salva est, *dummodo non prope ipsam condemnationem*, adeoque secundum interpretes ante conclusionem in causa, fiat, *l. si rem quam* 29. §. *ult. ff. b. tit.* Berlichius *conclus. pract. part.* 1. *conclus.* 24. *num.* 79. *& seqq.* Covarruvias *var. resol. lib.* 3. *cap.* 17. *n.* 8. Caballinus *de evict.* §. 3. *n.* 144. Mangilius *de evict. quest.* 5. *n.* 4. *& seqq.* Nam quod in contrarium urgetur Labeonis responsum, *debere denunciationem fieri, priusquam judicium accipiatur*, *l. qui concubinam* 29. §. *si heres* 3. *de legatis* 3. minus stringit, si consideremus per *judicii accepti* tempus non modo litis contestatæ, sed & aliquando sententiæ latæ tempus denotari; quo posito, verborum sensus idem erit, qui est *legis* 29. §. *ult. ff. b. t.* scilicet, oportere fieri denunciationem ante sententiam, ut adhuc sua auctori defensio salva sit. Tempus certe *judicii* & *lata sententia* pro eadem capi, apertum est ex *l. 1. C. si adversus rem judicatam*, junct. *l. denique* 8. §. 1. *in med. ff. de minor.* 25. *annis.* Sed &, si in prima lite denunciatio omissa sit, ac emtor succumbens appellaverit, etiam tunc auctori recte, ut saltem in appellationis lite assistat, denunciatur; cum ita defensio ei etiamnum integra sit, quia, ut Marcianus ait, provocationis remedio extinguitur sententiæ pronunciatio, *l. 1.* §. *ult. ff. de senatusc. Turpil.* Caballinus *de eviction.* §. 3. *n.* 144. Covarruvias *var. resol. lib.* 3. *c.* 17. *n.* 8.

24. Non tamen nocet, omissam in universum fuisse denunciationem, quoties emtori similibusque pacto nominatim denunciationis necessitas remissa est, *l. Herennius* 63. *pr. ff. b. t.* uti nec, si consulto latitaverit auctor, ne sibi possit denunciari *l. si ideo* 55. §. 1. *l. si dictum* 56. §. *simili* 3. *&* 6. *ff. b. t.* quo tamen casu ad domum ejus denunciatio facienda, arg. *l. dies cautioni* 4. §. *prætor ait* 5. *ff. de damno infecto.*

25. Agitur vero ob evictionem secutam adversus auctorem actione ex emto aliave simili, ad pretium & id quod interest, *l. si controversia* 9. *l. si cum quæstio* 17. *l. emti actio* 21. *l. cum successores* 23. *l. si tibi* 25. *C. b. t.* sub quo & illud continetur, quod in rem emtam ab emtore, ut melior fieret, erogatum fuit, *d. l. si controversia* 9. *C. b. t.* si modo non nimium emtor modum excesserit, forte plurimum impendendo in rem, quæ minimo pretio veniit, *l. Titius cum* 43. *in fine l.* 44. *l.* 45. *ff. de action. emti*, & impensas ab evincente per retentionem recuperare non potuerit: nam si id potuerit per oppositam doli exceptionem, ad periculum auctoris ea res non pertinet, nisi is eam sciens vendiderit, *l. item & Julianus* 45. §. 1. *ff. de act. emti*, *l. super emt.* 16. *C. b. t.* Sed & sub eo, quod interest, impensas litis contineri verius est; cum hæc damna sint, quæ emtor ob factam rerum evictionem passus est, arg. *l. si cum quæstio* 17. *C. b. t. l. fidejussor* 15. *ff. de doli mali & metus except.* junct. *l. si commissa* 13. *ff. rem ratam haberi*, Gomezius *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 47. *impr.* Quales tamen litis expensas emtor haud recuperat ab actore, si adversus eum, qui evictionem tentabat, victor evaserit in ultima lite, licet forte in primis instantiis victus fuisset, cum per ultimam anteriores sententiæ infirmentur tanquam non justæ, viribusque in universum destituantur. Nisi & in hunc casum auctor nominatim restitutionem promisisset, arg. *l. venditores* 102. *ff. de verb. obligat.* in qua lege, dum præter cautionem pro evictione & inde nascitura obligatione ad id quod interest, venditores insuper proponuntur *specialiter* promisisse, *se agnituros, si in lite mota sumtus emtor fecisset*, innui videtur, sine tali promissione specifica nullum emtori vincenti, secundum facto speciem in lege propositam, adversus auctores pro litis impensis regressum competere. Quo & rationes juris generales suadent. Non enim damnum impensarum propter litem injuria motam sensit emtor ex aliqua venditoris culpa vel facto, verum ex actoris seu petitoris improbi calumnia; ut proinde damnum illud ex tertii facto promanans, quantum quidem ad auctorem attinet, casui fortuito adscribendum sit, dum nulla id arte aut providentia consequi vel avertere quisquam potest, ne damnum injuria ab alio detur, *l. sed de damno* 41. *ff. locati l. ad eos* 19. *ff. commodati*, at neque casus fortuito supervenientes auctor emtor præstat, neque injuria, quæ fit emtori, auctorem contingere debet, *l. si per imprudentiam* 51. *pr. ff. b. t.* Atque hinc, cum de hominis venditi statu quæstio mota esset, definitum

fuit, si quidem secundum libertatem sententia feretur, auctorem conveniri posse, si vero servum fuisse sententia declaraverit, emtorem ad venditorem reverti non posse, *l. si status* 18. *C. h. t.* quod posterius tum de pretio intelligi nequeat, dum certum erat nec imperatoria agebat definitione, re penes emtorem manente nullam pretii repetitionem esse, necessario de litis super statu motæ impensis accipiendum est. Et sane, cum de evictione cautio id contineat, ut emtori liceat rem habere, nec res evicta dici possit, quæ adhuc est penes emtorem, eundemque in lite victorem, *l. habere* 57. *ff. h. t.* sequitur, nec de evictione stipulationem commissam esse, ac proinde nec actionem emtori natam, præsertim, cum Jurisconsultus dicat, venditorem tradendo, si dominus sit, emtorem dominum facere, sed si non fuit dominus, de evictione obligari, *l. ex emto* 11. §. *& in primis* 2. *ff. & inprimis* 2. *ff. de act. emti*, quam proinde evictionem præcessisse necesse est. Præterquam quod & restitutio sumtuum litis in materia evictionis tantum accessio quædam evictionis est, ac sub eo quod interest comprehenditur; re autem non evicta non potest præstationi ejus, quod interest, locus esse. Tuentur hanc sententiam Cujacius *ad l.* 102. *ff. de verbor. oblig.* Donell. *ad l.* 18. *C. h. t.* Zasius *ad d. l. venditores* 102. *ff. de verb. oblig.* Responsa Jurisc. Holl. *p.* 3. *vol.* 1. *consil.* 48. Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 27. 28. Nec quicquam in contrarium facit, quod auctori incumbit emtorem defendere in lite mota, *l. si plus* 74. §. *mota* 2. *ff. h. t. l. qui absentem* 75. *ff. de procurat.* quibus motus post alios Gomezius *var. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 47. Fachineus *controv. lib.* 2. *cap.* 39. dissentientium castra secuti sunt. Licet enim defensio auctori a jure imposita sit, in quantum secundum superius exposita liti assistere & probationibus causam emtoris munire tenetur, non tamen inde sequitur, etiam sumtibus auctoris adversus actorem iniquum oportere peragi defensionem. Nam & procuratori pro domino agenti necessitas imposita est defendendi dominum a reo reconventum, *l. servum quoque* 33. §. *ait prætor* 3. & 4. *ff. de procurat.* nec tamen inde recte concluseris, suo ergo sumtu procuratorem debere defensionem subire. Gravant quidem commodatarium impensæ litis, si quæ ab eo pro recuperanda rei commodatæ a tertio detentæ possessione factæ sint, in casu *l. si ut certo* 5. §. *rem tibi* 12. *ff. commodati*, sed a commodato, quod solius commodatarii gratia contractum, & ex quo commodatarius ad rem commodanti restituendam obstrictus est, ad venditionem utilitates utriusque contrahentis continentem, ac ad venditorem, qui tradendo emtoremque dominum efficiendo contractum jam implevit, male sit illatio circa hanc de impensis litis disputationem.

26. Quod si post venditionem ante evictionem decreverint pretia rerum venditarum, adeo ut iis deinceps evictis tanti non videatur emtoris interesse propter evictionem, quantum quidem est in pretio, quod venditori numeratum est, electionem emtori tribuit Grotius, utrum pretium, quod emtionis tempore constitutum fuit, an magis quanti sua interest, repetere malit, *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 15. *n.* 19. 20. quod tamen minus respondet iis, quæ a Papiniano tradita in *l. si, cum venditor* 66. §. *ult. ff. h. t.* actionem scilicet ob evictionem consequi, quanti sua interest; ita *ut melioris aut deterioris agri facti causa finem pretii, quo fuerat tempore divisionis æstimatus, diminuat vel excedat*, uti & a Paulo in *l. evicta re* 70. *ff. h. t.* puta *evicta re ex emto actionem non ad pretium duntaxat recipiendum, sed ad id quod interest competere, idemque etiam, si minor esse cœpit, damnum emtoris esse.* Denique & ad African. *in l. idque & Julianum* 45. *pr. ff. de act. emti.* Nec adversatur *l. ex mille* 64. *pr. &* §. 1. *ff. h. t.* Quod enim illic propter partes, quas flumen agro post venditionem sustulit, vel ex adverso adjecit, non augeatur vel minuatur quantitas evictionis, ejus duplex ratio est, primo quia duplex stipulatio in casum evictionis intercesserat, adeoque pœna conventionalis in casum evictionis promissa; ut patet ex *pr. d. l.* 64 pœnam autem cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quæ sit quantitas quæque conditio stipulationis, *l. stipulatio ista* 38. §. *alteri* 17. *ff. de verbor. oblig.* secundo, quia duplæ stipulatio continebat duplicatum pretium, quo fundus emtus erat; quoties autem æstimatio fundi in stipulationem deducta est, meliore postea vel deteriore facto fundo, ea tamen æstimatio venit, quæ stipulationis tempore fuit, *l. fundum Cornelianum* 28. *ff. de novation.* Adde *t. de condict. triticar. n.* 3. *in princip.*

27. Quia vero in actione quoque vendita evictionis præstatio locum habet, in quantum venditor debitorem præstare debet, contra quem actio vendita competat, *l. si nomen* 4. *l.* 5. *ff. de hered. vel act. vend.* evicta ea, dum vel debitum solutione jam extinctum est, vel exceptione perpetua enervatum, vel nuspiam apparet debitor, si quidem incertæ quantitatis actio fuerit, in id quod interest emtori actio prodita est; sin certæ summæ debitor dictus sit, in eam summam evictionis nomine tenetur venditor, *d. l.* 4. & 5. *ff. de hered. vel act. vend.* arg. *l. quod* 8. & *l.* 9. *ff. eod. tit.* nec potest liberari restituendo pretium tale, quale accepit, si forte minoris actio sit vendita, quam quantum ea comprehensum erat. Licet enim ex constitutionibus Anastasii & Justiniani emtor nominis non plus a debitore exigere possit, quam quod ipse dedit, ut dictum *tit. de hered. vel act. vend. num.* 18. tamen cum id ita in solius debitoris gratiam cautum sit, ut tantundem offerendo, quanti nomen emtum est, a toto debito liberationem consequatur, nec uspiam illa facultas jure novo inveniatur ipsi nominis venditori tributa, magis est, ut juri antiquo in *d. ll.* contento etiamnum stari debeat, arg. *l. præcipimus* 32. §. *ult. C. de appellation.* Responsa Juriscons. Holl. *p.* 3. *vol.* 1. *consil.* 118.

28. Præter actionem ex ipso negotio gesto ob evictionem in id quod interest comparatam, insuper frequentata fuit apud Romanos actio ex stipulatu, idque vel in simplum, vel in duplum, vel in triplum vel in quadruplum, prout de evictione stipulatio simplæ vel duplæ vel triplæ vel quadruplæ interposita fuerat, *l. hoc jure* 27. *l. si dictum* 56. *l. si plus* 74. *ff. h. t.* Cujacius *libr.* 11. *observat.* 4. & *lib.* 10. *observ.* 34. Quin imo moris fuit atque consuetudinis, ut pro rebus pretiosioribus duplæ, pro vilioribus simplæ repromissio adhiberetur, *l. emtori duplam* 37. §. 1. *ff. h. t.* adeo ut, si forte venditor duplæ promissionem facere detrectaret, & eo nomine adversus eum ageretur, dupli condemnandus fuerit, quia ea, quæ sunt moris atque consuetudinis, in bonæ fidei judicio debent venire, *l. quod si nolit* 31. §. *quia assidua* 20. *ff. de*

litr. edict. l. si dupla 2. *ff. h. t.* & si *per errorem* simplam pro dupla stipulatus fuisset emtor, tamen actione ex emto duplum consequi debuerit, vel saltem, ut sibi in duplum promitteretur, *d. l.* 33. *§. ult. ff. h. t.* non item, si ex certa scientia in simplum tantum stipulatio concepta fuisset, arg. *d. l.* 37. *in pr. l. si plus* 74. *ff. h. t.* Interim has duplæ vel quadruplæ stipulationes a moribus nostris alienas esse, &, evictione secuta, auctorem emtori in id, quanti vere interest, teneri, observat Groenewegen *ad l.* 31. *§.* 20. *ff. de ædilit. edict.* & *ad rubric. ff. h. t.*

29. Durant autem hæ actiones, tanquam personales, totis triginta annis, non a tempore venditionis, sed demum a tempore factæ evictionis computandis, *l. emti actio* 21. *C. h. t.* Neque evanescunt ex eo, quod venditor evictam rem postea offert; quia semel commissa de evictione stipulatio, aut nata ad id quod interest ex emto actio, resolvi non potest, *l. habere* 57. *in fine ff. h. t.* junct. *l. fidejussor.* 15. *ff. de doli mali & met. excep.* ac sæpe inutilis in posterum res emtori futura est, dum sibi, ob evictam prius emtam, comparavit aliam, nec duabus simul opus habet, arg. *l. si in lege* 24. *§. colonus* 4. *ff. locati.*

30. Cessant tamen multis in casibus, puta, si non sit facta auctori litis motæ denunciatio, secundum ante explicata. Si lis quidem mota, sed emtor vicerit, de quo etiam superius actum. Si per imprudentiam aut errorem judicis succubuerit, *l. si per imprudentiam* 51. *pr. ff. h. t.* quod tamen moribus vix admittendum, cum pro re judicata veritatis ac justitiæ præsumtio sit, *l. ingenuum* 25. *ff. de statu hom.* nec judices hodie soleant litem suam facere, Groenewegen *ad d. l.* 51. *ff. h. t.* Wassenaar *pract. jud. cap.* 8. *num.* 44. Si emtor necdum condemnatus rem petitam sponte restituerit, vel transegerit vel compromiserit, vel jurisdictionem judici incompetenti prorogaverit, vel jusjurandum adversario detulerit, atque ita vel judicis incompetentis vel arbitri sententia res ei ablata sit, *l. non tamen* 24. *l. si dictum* 56. *§. si compromisero* 1. *ff. h. t. l. si cum quæstio* 17. *C. h. t.* arg. *l. si minores* 1. *ff. de minor.* 25. *annis*, Mangilius *de eviction. quæst.* 13. *n.* 1. *& seqq.* & *quæst.* 199. Si emtor victus, absente venditore, non appellaverit, aut appellaverit quidem, sed deseruerit appellationem: contra quam obtineret, si auctor præsens fuisset: quippe cui tunc appellationis officium incumbit, si appellandum putet, *l. Herennius* 63. *§.* 1. 2. *ff. h. t.* Si emtor competentes sibi vel auctori exceptiones non opposuerit sciens extraneo agenti, atque ita succubuerit, arg. *l. si obligata* 19. *l. emtori etiam* 28. *C. h. t.* Si possessionem sua culpa amiserit, cum potuisset illam retinere, ac postea agens recuperare non potuerit, dum forte termini erant, quibus rem retinere quidem, at non utiliter petere jura permittunt, *l. si rem, quam* 29. *§.* 1. *ff. h. t.* si cum venditor admonuisset emtorem, ut certa ageret actione ad rem amissam recuperandam, emtor id facere supersederit, *l. si cum venditor* 66. *ff. h. t.* si victus quidem sit emtor, sed antequam res ei auferretur, auctor litis æstimationem evincenti præstiterit, sive esset ab emtore constitutus in rem suam procurator, *l. si servus* 21. *§. & ideo* 2. *ff. h. t.* sive non, arg. *l. evictus autem* 35. *ff. h. t.* Si emtor, cum potuisset rem usucapere, non ceperit, & ob id res evicta sit, *l. si dictum* 56. *§. si cum* 3. *ff. h. t.* vel rem pro derelicto habuerit, *l. ult. ff. h. t.* vel locum emtum religiosum fieri passus sit, *l. si per imprudentiam* 51. *§. si quis* 2. *ff. h. t.* vel ei ad rem recuperandam agenti obstent exceptiones ex propria, non venditoris, persona objectæ, *l. hoc jure* 27. *ff. h. t.*

31. Quod si venditor tantum vendiderit *incertum juris*, si quidem bona fide id egerit, dum dubitabat quidem de jure suo, sed certam alienæ rei scientiam ac conscientiam non habebat, de evictione, quæ forte postmodum secuta est, haud tenetur; ac ne ad id quidem, ut pretium reddat, *l. quod si in* 10. *l.* 11. *ff. de hered. vel act. vend.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 27. sin sciverit, rem ad se non pertinere, & tamen ita vendiderit, ex dolo suo non ad pretii tantum restitutionem, sed & ad id quod interest in pœnam doli, secuta evictione, damnandus est, *l. hoc autem* 12. *ff. de hered. vel act. vend.* junct. *d. l.* 10. *&* 11. *eod. tit. l. ex emto* 11. *§. ult. in fine ff. de act. emti.* Quod si, cum venditor non incertum juris sui, sed simpliciter rem venderet, nominatim id egerit, *ne de evictione teneatur*; evicta re, non quidem id quod interest solvere compellitur, *l. emti actio* 21. *C. h. t. d. l.* 11. *§. ult. in med. ff. de act. emti*, nisi & hic sciens alienum vendiderit, *l. tenetur* 6. *§. ult.* & *d. l.* 11. *§. ult. in fine ff. de act. emti*, sed tamen ad pretii accepti restitutionem obstrictus est, quia bonæ fidei contractus hanc non patitur conventionem, ut emtor rem amitteret, & pretium venditor retineret, *d. l.* 11. *§. ult. in med. ff. de act. emti*, Neostadius *curiæ supr. decis.* 68. Confer Mangilium *de eviction. quæst.* 163. *n.* 1. *& seqq.* nisi emtor scivisset, rem alienam esse, & tamen pactum tale a venditore apponi passus esset; cum ita neutiquam ab alio captus videri possit, sed magis semetipsum decepisse, aut saltem habuisse pretii in omnem eventum donandi propositum, arg. *l. cujus per errorem* 53. *ff. de reg. juris.*

32. Qua occasione generalius adnotandum, eum, qui sciens emit rem alienam, nullam quidem de evictione actionem habere ad id quod interest, si non specialiter sibi de evictione caveri curaverit, *l. si frater* 7. *C. commun. utriusque judicis*, *l. si fundus sciens* 27. *C. h. t. l. apud Celsum* 4. *§. item Labeo* 5. *ff. de doli mali & met. except.* verum tamen scientiam alienæ rei in emtore non impedire, quo minus, evictione secuta, pretium quod dedit recuperet; cum iniquum sit, venditorem cum detrimento emtoris locupletari, arg. *l. ult. C. commun. de legatis*, *novell.* 7. *cap. quia vero* 5. *pr. & §.* 2. *l.* 1. *C. si vendito pignore agatur*, Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 19. Perezius *C. h. t. n. quæritur, an.* 25. Caballinus *de eviction. §.* 5. *n.* 52. Si enim is, qui rem ecclesiasticam, alienari per leges vetitam, sciens emit aut ex permutatione accepit ab œconomo, pretium ab œconomo recuperare possit; si is, qui sciens rem restitutioni obnoxiam, atque ita a testatore alienari prohibitam, sciens emit, ablata re pretium a venditore jure reposcat; si denique pignoris emtor, qui in præjudicium debitoris cum creditore collusit dolo malo, pretium recipiat, ibi res ei in subsidium aufertur; secundum *d. leges*: ratio non est, cur non æque, imo longe magis, is, qui sciens rem alienam comparavit, eadem evicta, pretii haberet repetitionem: præsertim si consideres, peccare eos, qui rem Ecclesiæ, aut fideicommisso obnoxiam, sibi acquirere student, & pœna dignos esse;

non peccare, qui rem alienam emunt, in quantum rei alienæ distractio de jure valet, *l. rem alienam* 28. *ff. de contrah. emtion.* Quam etiam puto rationem esse, cur is, qui sciens rem alienam emit, efficaciter curare possit, sibi de evictione, caveri juxta *d. l.* 7. *C. commun. utriusq. jud. d. l.* 27. *C. h. t. d. l.* 4. §. 5. *ff. de doli mali & met. except.* nihil tale ex adverso possit, sed, non obstante duplæ stipulatione, solo teneatur pretio recepto contentus esse, qui sciens emit rem tertio ex fideicommissi causa restituendam, *d. l. ult.* §. *ult. ff. commun. de legatis.* Convenitque hæc sententia ita ex juris Romani fundamentis adstructa, de pretio non obstante emtoris scientia restituendo, etiam hodiernis moribus, ut post alios censet Groenewegen *ad l.* 27. *C. h. t.* Utcunque alibi contra judicatum fuerit, secundum Carpzovium *defin. for. part.* 2. *const.* 34. *defin.* 25. Christinæus *vol.* 4. *dec.* 133. *n.* 13. 14. & multis ab eo allegatis; atque etiam Fachineo *controv. lib.* 2. *cap.* 40. placuerit, hanc opinionem jure civili veriorem esse; sed debili fundamento. Non enim id adstrui potest ex *d. l. si fundum sciens* 27. *C. h. t.* cum illic non de pretio soluto, sed litis impensis repetendis quæstio sit; nam dum ait, eum, *qui sciens fundum alienum comparavit, neque quicquam de evictione convenit, quod eo nomine dedit, contra juris poscere rationem*, verba *quod eo nomine dedit*, ad id quod evictioni nomine datum est, pertinent; at evictionis nomine non pretium sed litis impensæ datæ sunt, quas & ideo emtor, tanquam temerarius litigator ac non obstante rei alienæ conscientia contradictor existens, ferre debuit. Pretium certe non evictionis sed emtionis intuitu datum fuit, antequam ulla emtori lis cæpit moveri; imo licet nunquam evictio sequatur, tamen pretii datio est, atque ita extra omne dubium, evictionis nomini pretium haud dari. Longe minus pro hac dissentientium opinione facit *l. pen. & ult. C. de rescind. vend.* Mulctantur enim illic emtores scientes pretio, quia emerunt lege propter utilitatem publicam venditiones certis personis prohibente. Non etiam multum juvat *l. si fratres* 7. *C. de commun. utr. jud.* quippe quæ scienti quidem actionem in id quod interest aut in duplum ex stipulatu negat, non autem nudam pretii repetitionem. Nec urget denique, quod emtor scienter emens rem jam extinctam ad pretium nihilominus obligetur, & illud jam depensum repetere nequeat, *l. domum* 57. §. *simili* 2. *ff. de contrah. emt.* Etenim, cum quis sciens prudens rem emit alienam, non est præsumendus voluisse pretium donare, sed magis habuisse spem acquirendi dominii, ubi auctor illud acquireret (ita namque vendi res, quas venditor non habet, post certum tempus tradendas, etiam inter mercatores quotidianum est) at si quis emat domum, quam scit exustam esse, præsumi nequit habuisse spem acquirendæ domus, quæ jam esse desierat; ut proinde tali in casu non alia supersit præsumtio, quam quod pretium sponte pro re, quæ non est, nec erit, sed fuit, oblatum donare voluerit, arg. *l. cujus per errore* 53. *ff. de reg. juris.*

33. Quid vero juris sit si prædium venditum auctoritate Principis publicetur, colligi potest ex iis, quæ tradita in *tit. de peric. & commun. rei vend. num.* 1. *in med.*

34. Denique nec tunc, cum res post venditionem interiit, actioni de evictione locus est, licet de dolo agi possit, si venditoris dolus intercesserit, dum sciens prudens alienam rem vendidit emtori ignoranti, *l. si servus* 21. *pr. ff. h. t. l. si quis tibi* 26. *C. h. t.* junct. *l. servus, quem* 30. §. *de act. emti.* Si tamen etiam rei jam extinctæ intuitu evictio locum habere potuerit, dum forte dolus aut culpa interitui causam præbuit, si quidem emtoris dolus arguatur, & is propterea in rei extinctæ æstimationem evincenti condemnatus sit, nullum adversus venditorem regressum habere potest, cum doli proprii pœnam præstiterit & suus cuique dolus non alteri nocere debeat, arg. *l.* 1. §. *plane* 14. *ff. de tutela & ration. distrah. l. in condemnatione* 173. §. *unicuique* 2. *ff. de reg. juris*; si vero per venditoris dolum, venditione antiquiorem, causa data sit interitui rei, vel venditor liti assistens impedierit, ne res evincenti reddatur, atque ita illa pendente, forte lite emtori mota, apud emtorem perierit, ac ob id emtor in æstimationem fuerit damnatus, etiam de evictione per actionem ex emto vel ex duplæ stipulatione jure experitur, eoque Paulum puto respicere, cum ait, re extincta sententiam tamen in rei vindicatione sequi debere *propter stipulationem de evictione*, *l. usique* 16. *ff. de rei vend.*

35. Quod si plures res simul uno pretio sint venditæ, pro numero rerum etiam multiplicatur de evictione obligatio, ac tot dantur de evictione actiones, quot evincuntur species rerum una venditione comprehensarum, *l. cum plures* 72. *ff. h. t.* arg. *l. & si uno* 33. *ff. de act. emti*, &, si una re evicta reliquæ simul uno pretio venditæ adhuc pluris valeant, quam quanti omnes simul, connumerata re evicta, erant distractæ, emtor nihilominus de evictione actionem habet, nec damnum cum lucro compensandum, *l. si duos* 47. *ff. h. t.* Idemque est, si forte, cum fundus centum jugerum venditus traditusque esset, fines longe ampliores monstrati fuerint, ac postmodum evicta parte aliqua, id quod emtori relinquitur, adhuc jugerum centum quantitatem contineat, *l. qui fundum* 45. *ff. h. t.*

TITULUS III.

De Exceptione rei venditæ & traditæ.

SUMMARIA.

1. *Si is, cui res aliena vendita ac tradita, possessionem amiserit, postquam auctor aut qui de evictione tenetur, dominium nactus est, agere potest contra venditorem & tertium possessorem. Cur agat* Publiciana *potius quam rei vindicatione?*
2. *Si emtor rem possideat, venditorem & similes repellit exceptione rei venditæ & traditæ; nisi malit evictionem pati, & post agere de evictione.*
3. *Quibus opponatur hæc exceptio? Ubi de auctoris heredibus & successoribus particularibus, & fidejussoribus, & fidejussorum heredibus ex suo vel defuncti capite rem vindicantibus, & creditoribus, qui jure creditoris pignus distraxerunt.*
4. *Quibus præter emtorem amplius hæc exceptio detur?*
5. *Quando cesset hæc exceptio?*

1. QUandoquidem confirmato jure alienantis, jus quoque ejus, in quem alienatio inspecto non jure facta erat; primo dominii per venditorem primum quæsiti momento confirmatum fuit,

adeoque dominium ex eo tempore emtori primo adjectum, sine facto aut voluntate ejus auferri non potuit, ideo ei ob amissam possessionem adversus venditorem aut tertium possessorem experiundi, & exceptionem, a reo oppositam, dominii acquisiti replicatione elidendi, facultas est, *l. si a Titio* 72. *ff. de rei vind. l. si a Titio* 2. *ff. b. t. l. apud Celsum* 4. §. *si a Titio* 32. *ff. de doli mali & met. except.* In quibus legibus duabus posterioribus cur *Publiciana actio* huic dicatur emtori primo dari, cum tamen dominii replicationem jam possit opponere ex *d. l.* 72. incertum satis; nisi forte id ideo fieri existimetur; quia emtor hic fictum magis quam verum dominium ex confirmato primi venditoris jure videri potest acquisivisse, *arg. l. stipulatio ista* 38. §. *quæsitum est* 4. *ff. de verb. oblig.* ficti autem dominii intuitu Publiciana datur, §. *namque si* 4. *Inst. de action.* unde & forsitan aliis in legibus huic emtori non dominii sed doli exceptio adversus venditorem agentem accommodatur, *l. vindicantem* 17. *ff. de eviction. l. apud Celsum* 4. §. *si a Titio* 32. *ff. de doli mali & met. except.* Adde Petrum Barbosam *ad l. Lucius* 39. *ff. soluto matrim. n.* 23.

2. Quod si emtor rem etiamnum possideat, & hi, qui de evictione conveniri possunt, ad eam evincendam judicio experiantur, in emtoris arbitrio est, an evictionem pati, & re ablata deinceps victorem actione ex stipulatu in duplum, vel ex emto ad id quod interest, convenire velit, an vero malit rem retinere ac venditorem evincere volentem aliosque similes repellere, sive rei venditæ & traditæ, sive doli mali exceptione; quia improbe facit, rem a se distractam evincere ac contra factum suum venire tentat, æquitate scilicet dictante, ut, quem de evictione tenet actio, eundem longe magis agentem repellat exceptio, *l. vindicantem* 17. *l.* 18. *l. Seja fundos* 73. *ff. de evict. l.* 1. *& passim ff. b. t. l. cum a matre* 14. *C. de rei vind. d. l. apud Celsum* 4. §. *si a Titio* 32. *ff. de dol. mal. & met. except. l. venditrici* 3. *C. de reb. alien. non alienand.* Caballinus *de evictionib.* §. 5. *n.* 2. Cujacius *lib.* 17. *observ.* 18.

3. Opponitur hæc exceptio non tantum venditori primo, sed omnibus illis, qui ab eo causam habentes evincere rem emtori primo annituntur, quales sunt, quibus venditor jam dominus factus eandem rem rursus titulo sive oneroso sive lucrativo concessit, *l. ult.* §. *pari ratione* 1. *ff. b. t. d. l.* 4. §. 32. *ff. de doli mali & met. except. l. si a Titio* 2. *ff. b. t. l. si a Titio* 72. *ff. de rei vindic.* Sed & heredi venditoris recte opponitur *d. l. ult.* §. *pari ratione* 1. *ff. b. tit.* sive defunctus ipse, dum adhuc superstes erat, dominium adeptus sit, & ex defuncti capite experiri heres cupiat, sive heres ipse rei per defunctum venditæ dominus fuerit, *l. sive possessio* 14. *C. de eviction. l. cum a matre* 14. *C. de rei vindic. l. venditrici* 3. *C. de reb. alienis non alienand. l.* 1. §. 1. *ff. b. t.* ut tamen posteriore casu non ultra repelli possit heres rem suam vindicans, quam pro qua parte venditori successit, *d. l. cum a matre* 14. *C. de rei vindic.* Adhæc fidejussoribus, eorumque heredibus, quoties illi ex fidejussoris defuncti persona ac jure rem ab emtore avocare student; non item, si ex suo capite; tunc enim arbitrio eorum leges permiserunt, an rem suam penes emtorem relinquere atque ita de evictione actiones evitare velint, an potius eadem evicta de evictione teneri, dum forte magna in eam ferebantur affectione, *l. ult. C. de eviction.* quod singulare prorsus; cum alioquin ejusdem juris & potestatis esse soleat heres, cujus defunctus fuit. Denique etiam creditoribus, qui jure creditoris pignus distraxerunt, si deinde in veri domini jus successerint, & ex ejus capite ad rem emtori evincendam contendant, hanc exceptionem opponi posse verius est: licet enim talis creditor de evictione non teneatur, ut alibi dictum, non tamen ipse ad pignoris a se distracti evictionem faciendam admittendus est, ne contra proprium factum venire videatur, *l.* 1. *Cod. creditorem evict. pign. præstare non debere l. & si is* 10. *ff. de distract. pign.*

4. Utitur autem hac exceptione in primis quidem emtor, cui res vendita ac tradita fuit, vel vendita quidem, sed non tradita, si modo sine vitio possessionem rei emtor nactus sit, *l.* 1. §. *ult. ff. b. tit.* ac præterea omnes illi, qui causam ab emtore habent, puta heredes ejus, ipsique etiam successores particulares, in quos ab eo res ex lucrativo vel oneroso titulo translata fuit; adeo ut emtor secundus auctori seu venditori primo eam recte objecerit, *l. ult. ff. b. t.* licet emtor secundus adversus auctorem primum ob rem sibi evictam agere nequeat, nisi actiones contra eum ab emtore primo cessæ sint, *l. si res, quam* 59. *ff. de evictión.* legibus scilicet facilius exceptionem atque retentionem, quam actionem indulgentibus.

5. Cessat tamen hæc exceptio, aut saltem replicatione eliditur, quoties in venditore justa vindicandi causa apparet, *l.* 1. §. *ult. ff. b. t.* veluti, si rem quidem vendi mandaverit, sed prohibuerit, ne traderetur, antequam pretium solutum esset, & tamen mandatarius de pretio fidem habuerit; vel si minoris sit vendita res, quam dominus mandaverat, *l.* 1. §. 2. 3. *ff. b. t.* aut si venditor rem a se alienatam vindicet ex officii necessitate, non in suam sed tertii utilitatem, puta tutor rem pupilli a se sine decreto distractam, aliique similes, de quibus actum *tit. de rei vind. num.* 19.

LIBER VIGESIMUS SECUNDUS.

TITULUS PRIMUS.

De Usuris & fructibus & causis & omnibus accessionibus & mora.

SUMMARIA.

1. *Quid sint usuræ, quid distent a fructibus, eo quod interest, & pœna conventionali? Usuræ non ex corporibus sed quantitatibus debentur.*
2. *De divisione usurarum in centesimas & centesimis minores. Quæ fuerit olim usura* unciaria? *quo modo fœneratores olim exactionem iniquam usurarum fecerint? Quæ jure Justinianeo sint usuræ gravissimæ pro personarum diversa conditione? Quibus in casibus centesimæ debitæ? An & si tutores, negotiorum gestores, pecunias in suos usus converterint?*
3. *Quæ nostris moribus sint gravissimæ, quibus in casibus centesimæ adhuc hodie licitæ sint? ubi de usuris trapezititicis & vitalitiis, & iis quæ mercatoribus debentur.*
4. *De secunda divisione usurarum in compensationibus, punitorias & lucratorias. Astruitur, usuras modicas neque naturali rationi, neque æquitati repugnare.*
5. *Si usuræ supra modum conventione comprehensæ sint, debentur usque ad modum legitimum, nec pœna in mutuo ultra debetur. Idem est, si per testatorem heredi sunt testamento impositæ. Quæ pœnæ sint improborum fœneratorum?*
6. *Cujus loci leges spectandæ sint circa quæstionem, an usuræ legitimum excedant modum? & quid, si debitum sit munitum hypotheca immobilium alibi sitorum?*
7. *An, & quando usuræ ex pacto peti possint sine stipulatione? & quid moribus?*
8. *An & quales usuræ debeantur, si quis usuras promiserit sine certa quantitatis designatione?*
9. *Si quis mutuum sub usuris acceperit in bonum, maturius reddere nequit, nisi additis anni totius usuris. Quid juris, si ultra annum retineat?*
10. *In bonæ fidei judiciis usuræ debentur ex mora, non item in stricti juris judiciis, exceptis paucis casibus, ac ne quidem post litem contestatam.*
11. *Moribus usuræ regulariter in nullis judiciis debentur ex mora extrajudiciali; at in omnibus ex mora judiciali. Quid juris nunc sit circa usuras rei judicatæ? In quantas usuras ex mora apud nos condemnatio facienda sit? & quid si varient locorum mores circa usuras, cum debitor & creditor in locis diversis domicilium foverent?*
12. *Recensentur casus, quibus usuræ hodie etiam ex mora extrajudiciali debentur.*
13. *An & sola usurarum præstatione per annos plures continuata introducatur obligatio ad usuras in futurum?*
14. *An usurarum minorum solutio pluribus annis continuata liberet in posterum a gravioribus conventione expressis? Et quid juris, si nulla usura ad tempus soluta sint?*
15. *Quibus ex causis cesset obligatio ad usuras? An remittenda ob incursum hostium? & quid si debitum usurarium hypotheca immobilium munitum sit?*
16. *An cesset, quando debitum principale per solutionem sine additamento usurarum, aut per præscriptionem, extinctum sit, aut judex ad sortem quidem sed non ad usuras condemnaverit?*
17. *An sistatur aut impediatur usurarum cursus sola debiti oblatione, an vero consignatione ac depositione opus sit?*
18. *An cesset ex moribus obligatio usurarum, si pecunia debita per tertium sub debitore arrestata sit? An, si emtor pretium retineat sub obtentu imminentis evictionis?*
19. *An usuræ possint sortem excedere? & quid moribus?*
20. *Prohibitæ usuræ usurarum, & anatocismus. Recensentur casus excepti; ubi de creditoribus posterioribus anteriori hypothecario debitum cum usuris offerentibus; emtoribus actionis principalis & usurarum jam debitarum, tutoribus usuras pupillares ab aliis vel a semetipsis debitas in suos usus convertentibus, item de procuratoribus id circa usuras a debitoribus domini exactas agentibus; de negotiorum gestoribus, fidejussoribus &c. usuras pro domino de suo solventibus. An ex annuis reditibus jam debitis novus reditus constitui possit?*
21. *Quid sint fructus? Ex quo tempore debeantur ob moram in stricti juris & bonæ fidei judiciis? Ubi latius de fructibus agendum sit?*
22. *Quid sit* causa?
23. *Quid sit* accessio?
24. *Quid* mora? *Quo modo eam committat creditor? Quis definire debeat, an mora facta sit?*
25. *Quotuplex sit mora? Quid sit mora ex* persona? *An per unam interpellationem inducatur? Quid si non ipsi debitori, sed procuratori aut alteri simili denunciatio facta sit?*
26. *Quid sit mora* ex re? *Diei certi lapsus interpellat pro homine, non item existentia diei incerti aut conditionis.*
27. *Recensentur casus in quibus lex inducit moram* ex re?
28. *Quis sit effectus moræ tum debitoris tum creditoris? An mora unius noceat alteri? An correo debendi? An fidejussori?*
29. *Quibus ex causis quis excusatur a mora? An difficultas præstationis rei, quæ debita, excusat a mora?*
30. *Quibus modis purgetur mora? Ubi de novatione, remissione, mora posteriore, & de casu, quo creditor die obligationi apposito non venit ad locum, in quo solutio facienda.*
31. *Quando moræ purgatio fieri nequeat? Ubi de mora in lege commissoria, in canonis præstatione, in implendo eo, quod sub pœna conventionali agendum erat; item de locatore post moram offerente usum rei locatæ.*

1. QUamvis & usurarum, & accessionum aliarum, & probationum præsumtionumque ingens in jure usus sit, ideoque dignæ singulæ, quæ prolixius

excutiantur; quia tamen per omnes prope jurisprudentiæ nostræ partes dispersæ sunt, atque adeo plura de hisce in præcedentibus jam tradita ac sequentibus in libris etiamnum tradenda erunt, breviore harum materiarum tractatione defungi me posse in præsenti confido. Usura, ab usu dicta, proprie est quantitas sorti seu principali debito quantitatis accedens, ac consistens in re ejusdem generis, *l. frumenti* 12. *l. oleo* 23. *C. h. t.* & a fructibus in specie sic dictis distinguitur, licet & ipsa fructus civilis sit, ac vicem fructuum obtineat, *l. usuræ vicem* 34. *ff. h. t. l. si navis* 62. *ff. de rei vindicat.* nec ex corporibus, sed tantum ex rebus fungibilibus seu quantitatibus deberi percipique potest. Unde & in casu, quo aurum vel argentum factum per fideicommissum relictum erat, & in eo præstando mora intervenerat, ac tractabatur, an usurarum ratio habenda esset, Papinianus respondit, si quidem defunctus materiam illam ideo reliquerit, ut, ea distracta, pecunia inde refecta ex fideicommisso solveretur, non oportere frustrationem impunitam esse; si vero ea mente reliquerit, ut his vasis uteretur fideicommissarius, non sine rubore desiderari usuras, ideoque nec exigi, *l. in fideicommiss.* 3. §. *ult. ff. h. t.* Nec est, quod objicias, etiam statuarum debitarum nomine, proque auro, & argento & veste usuras deberi, *l. cum quidam* 17. §. *ult. ff. h. t. l. pro auro* 25. *C. h. t.* quamvis enim in *d. l.* 17. §. *ult.* heres ad statuas aut imagines ponendas a testatore damnatus esset, tamen non ante ad usuras incepit obligatus esse, quam ex quo propter moram factum illud positionis imaginum per præsidis officium ac auctoritatem, rescriptis principalibus ei concessam, in quantitatis pecuniariæ debitum conversum fuit, ut patet ex ipsa *l.* 17. §. *ult. ff. h. t.* & apertius ex *l. si legatum* 5. *ff. de operibus publicis.* Et quod attinet *d. l.* 25. *C. h. t.* accipi ea commodissime potest de casu, quo in auro argento ac veste quasi usufructu constituto, fructuarius æstimatis hisce rebus cavet de tanta pecuniæ quantitate reddenda, ubi morietur aut capite minuetur, ex præscripto §. *constituitur* 2. *Inst. de usufructu*, & *l. si vini* 7. *ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum.* ac de eo chirographum facit cum promissione usurarum in casum moræ. Adde *tit. de usufr. ear. rer. quæ usu consum. n.* 4. Differt autem usura ab eo quod interest, quod plane incertum & arbitrio judicis determinandum, *l. si commissa* 13. *ff. rem ratam haberi, l. centum Capuæ* 8. *ff. de eo quod certo loco*, ac ex mora debetur in omni negotio tum bonæ fidei tum stricti juris, *l. quod si Ephesi* 4. *ff. de eo quod certo loco.* Distat & a pœna conventionali, quæ statim tota debetur ex mora; cum contra pro rata temporis increscant usuræ.

2. Dividitur usura in centesimam, & minorem; centesima est, quæ centesimo mense sortem æquat, quam & drachmalem Græci dixerunt, in quantum singulis mensibus pro usu *minæ* pendebatur *drachma*, quæ centesima *minæ* pars erat. Centesima minor multiplex est, & habita relatione ad centesimam, velut assem, alia bessalis, alia triens, semis, quincunx, quadrans, &c. appellatur, *l. eos, qui* 26. *C. h. t.* unde & Paulus ait, usuras Reipublicæ *usque ad tertiam centesimæ pendi*, *l. cum quidam* 17. §. *ult. ff. h. t.* An autem hæc usura centesima censenda sit eadem cum usura *unciaria*, cujus Tacitus meminit ex *l.* 23. tabularum, *lib.* 6. *annal. cap.* 16. & Scævola in *l. Titium* 47. §. *præfectus* 4. *ff. de admin. & peric. tut.* an potius per *unciariam* usuram antiquam designata fuerit duodecima usurarum centesimarum pars, adeoque levissima, incertum satis. Pro posteriore sententia multis disputat doctissimus Johannes Fredericus Gronovius *de pecunia veterum, lib.* 3. *cap.* 13. & *in antexegesi prima ac secunda de fœnore unciario & usuris centesimis.* Fœnus certe vetus urbi malum, & ex fœneratorum improborum avaritia populo grave fuisse, legibusque publicis identidem circumscriptum usurarum modum corruptelis contrariis mox violatum fuisse, ac repertos qui duplicatas centesimas, quin & quaternas centesimas in conventionem deducebant, ex Cicerone aliisque constat, ac plenissime tradit Gronovius *d. locis*, Molinæus *de usuris in princ. n.* 41. 42. 44. Rosinus *antiquit. Roman. lib.* 8. *cap.* 20. Pro instituti nostri ratione observasse suffecerit, Justinianeo jure usuram gravissimam fuisse centesimam, eamque non promiscue, sed certis tantum in casibus permissam, de cetero maximam mercatoribus & argentariis fuisse bessalem, illustribus trientem, vulgo semissem, *l. eos, qui* 26. §. 1. *C. h. t. novell.* 1. 6; *cap. quia vero* 4. 5. Centesima autem probata fuit in nautico fœnore seu trajectitia pecunia, & in speciebus id est rebus fungibilibus extra pecuniam numeratam mutuo datis, *d. l.* 26. §. 1. *C. h. t.* (licet jure novissimo ex speciebus etiam paulo amplius quam centesima in conventionem deduci potuerint, puta pro modii usu in annum octava modii pars *nov.* 34.) Adhæc ex rebus fungibilibus, in quas reus condemnatus, si intra quatuor menses judicato non satisfaciat, *l.* 2. 3. *C. de usuris rei judicatæ.* Quibus nonnulli ex jure Romano addunt tutores & negotiorum gestores, qui domini absentis aut ignorantis pecuniam, aut pupillarem, in suos converterunt usus, arg. *l. non existimo* 54. *ff. de admin. & peric. tut. l. qui sine usuris* 38. *ff. de negot. gestis.* Quod tamen vix probandum videtur, cum usura maxima in tutoribus in suos usus convertentibus eadem sit cum usura *legitima*, qua scilicet majorem pacisci in eo negotii genere permissum non est, *l.* 1. *C. de usuris pupillaribus*, qualis legitima secundum jus novissimum vulgo non potest semissem excedere, *d. l.* 26. §. 1. *C. h. t.* ut proinde per *maximas* usuras *semisses* intelligendæ sint; prout etiam in Basilicis *lib.* 38. *t.* 17. *in princ.* sensus *d. l.* 1. *C. de pupillaribus* ita proponitur, ut, *legitimæ* per *semisses* explicentur: nec id sine ratione, cum Ulpiano quoque, qui Alexandro auctori *d. l.* 1. coætaneus fuit, hoc ita placuisse videatur, dum tutori pecunias pupillares in suos usus convertenti *legitimas* usuras imponens, subjungit, *cum ex ceteris causis secundum morem provinciæ præstiturum usuras aut quincunces aut trientes; aut si quæ aliæ leviores in provincia frequententur*; atque ita legitimas non illis opponit, quæ centesimis, sed quæ semissibus minores erant, quincunces puta, aut trientes aut leviores, *l. tutor, qui repertorium* 7. §. *quæ autem* 10. *ff. de admin. & peric. tut.* Et quamvis ei, qui in ædium sibi cum alio communium refectionem de suo impendit, ex Imperatoris Philippi constitutione licuerit centesimas impenditorum usuras a socio repetere, *l. si ut proponis* 4. *C. de ædific. privatis*, id tamen per *d. l.* 26. §. 1. *C. h. t.* generaliter usuras extra casus exceptos ad semisses coarctantem, abrogatum fuisse, verius est.

3. Sciendum interim, moribus nostris usuras vulgares annuatim ascendere non posse ultra decimam sextam sortis partem, quoties in sortis securitatem pi-

gnus constitutum est. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 10. *n.* 29. ibique Groenewegen *in notis*, Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 64. & 88. usuras vulgares pignore non munitas ad septem aut octo annua ex centum, Jacob. Coren *observ.* 4. Groenewegen *ad l.* 26. §. 1. *C. h. t.* sed usuras trapeziticas ex privilegio non esse adstrictas juri communi usurarum modum statuenti; si modo mensæ fœnebris intuitu ac more, non item si aliter, a mensulariis contractum sit. Neostadius *curiæ supr. decis.* 3. vitalitias quoque usuras seu reditus hac vulgata quantitatis usurariæ definitione haud comprehendi, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 8. atque insuper ex edicto Caroli V. mercatoribus concessam fuisse usuræ centesimæ conventione expressa exigendæ facultatem, 4. *Octobr. anni* 1540. *art.* 8. *vol.* 1. *placit. Holland. pag.* 317. Et hoc nititur fundamento, quod is, cui *assecuratio* facta est, quique ex ea causa fiduciariæ solutionis decretum impetravit, cavere teneatur, se soluta cum usuris centesimis restituturum, si per definitivam victus fuerit. *Ordonnantie van Assurantien va Amsterdam art.* 33. quodque generaliter ob moram in solvendis iis, quæ assecurationis intuitu ultro citroque ab assecurante aut assecurato debita, in usuras centesimas condemnatio fiat. Hugo Grotius *manuduct. ad jurispr. Holland. lib.* 3. *cap.* 24. *n.* 34. Extra quos casus peculiares mercatorum causa usurarum intuitu a conditione reliquorum, mercaturam haud exercentium, separanda non est, Groenewegen *ad Grotii manud. jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 29. et *ad. l.* 26. §. 1. *C. h. t. num.* 2. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 24. *def.* 2. Appendix decisionum post Resp. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 8. *in fine.*

4. Præter hanc primam usurarum divisionem altera a DD. concepta fuit, qua aliæ compensatoriæ, aliæ punitoriæ, aliæ lucratoriæ dicuntur. Compensatoriam appellant, quæ creditori præstatur ratione ejus quod creditoris interest, sua pecunia caruisse, quasi merces pro usu rei fungibilis, adeoque in compensationem lucri, quod ex proprio pecuniæ usu potuisset percipere. Punitoria est, quæ præstatur ob moram a debitore in solvendo commissam, *l. cum quidam* 17. §. *si pupillo* 3. *in fine*, *l. mora fieri* 32. §. *in bonæ* 2. *ff. h. t. l. quæro* 54. *ff. locati*, *l. lecta* 40. *ff. de rebus creditis*. Lucratoriam quidam dixerunt, quæ ex mero mutuationis officio contra naturam contractus lucrum facit, seu ex mutuo, cujus natura est ut sit gratuitum, percipitur. Wesembecius *paratitl. ad Pand. h. t. num.* 5. Sed cum in mutuo, quod gratis datur, beneficium a mutuante præstetur mutuatario per concessionem usus nummorum, æque ac commodans præstat commodatario per datum rerum non fungibilium usum, & usuris præter naturam negotii in conventionem deductis, mutuum tantum desinat beneficium esse, magis est, ut usuras ex mutuo ad justum modum percipiendas compensatorias esse dicamus, quippe cedentes in compensationem lucri, quod pecuniæ dominus ex usu ejus quærere sibi potuisset. Ac proinde rectius illas demum usuras lucratorias appellaverimus, quæ illicitæ ac mordaces sunt, dum legitimum, id est publicis legibus definitum egrediuntur modum, ac iniquitatem acerbitatemque exigendi habent. Moderatæ certæ usuræ pro pecunia mutua data ex conventione præstandæ neque juris naturalis principiis aut æquitati, neque æqualitati in contractibus observandæ repugnant, uti perperam nonnullis visum. Constat enim, liberum fuisse nummorum domino, prædium inde rusticum comparare, atque ex eo fructus colligere, aut urbanum emere, eoque uti, vel utrumque tam urbanum, quam rusticum, alteri certa mercede utendum concedere; liberum quoque fuisse, merces venales ex ea pecunia sibi acquirere, cum lucro rursus aliis vendendas. Dum ergo per mutuum concesso alteri nummorum suorum usu, sese lucri superioris varie captandi facultate privat, aliisque lucrandi præbet occasionem, quidni vicissim ab iis jure paciscatur usuram legitimam, eamque certam, incerti lucri, sed tamen pretio certo æstimari soliti, vicem suppleturam? Spem sane incertam certo acquiriri pretio, jus naturæ ac leges permittunt; nec aliud certa paciscuntur mercede coloni, quam incertum fructuum nasciturorum proventum, non aliud nisi spem fallacem, qui jactum futurum retis a piscatore emunt, aut indaginem plagis positis a venatore; ad pretium præstandum & tunc obstricti, cum nihil omnino aut parum interceptum est. Nec est, quod quis obtendat, sterilem natura pecuniam esse, ideoque nec fructum inde oportere sperari: quæ enim natura sterilis est, usu tamen hominum fertilis est reddita; adeo ut & in pecunia numerata ususfructus ex Senatusconsulto constitui possit; neque absurdum, pro usu rei natura fructum haud ferentis, solvi pretium usus ab eo, cui is in tempus conceditur: nam & domus & statuæ & imagines & supellex & alia plura nullum naturaliter fructum ferunt. Quemadmodum ergo in horum omnium usu utilitas quædam est, quæ mercede certa usui conveniente ex more hominum ac regionum æstimatur; ita quoque pari ratione, postquam in commerciorum commodum inductus fuit nummorum usus, non iniquum fuit, pro concesso aliis eorundem usu certam quandam domino concedenti pendi quantitatem, usuram appellatam, velut mercedem usus dati. Et quamvis in mutuo transeat in accipientem dominium datorum, ideoque nec æquum videri posset ex aliena re fructum capi, considerandum tamen, non alium transeuntis dominii scopum esse, quam ut mutuatarius usum pecuniæ, in abusu seu expensione consistentem, exercere possit; de cetero post tempus eandem redire pecuniam, id est, ejusdem quantitatis, quæ sola quantitas in nummis qua talibus spectatur, perinde uti rerum non fungibilium redit usus ad locatorem; adeo ut nihil re ipsa intersit, utrum domus locata, an mutui nummi suo tempore revertantur aliis similibus nummorum corporibus, quæ restituuntur, per omnia fungentibus datorum vice. Confer Hug. Grotium *de jure belli ac pac. lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 20. & *in manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 10. *n.* 22. & *seqq.* & quos magno numero citat Groenewegen *ad rubric. C. h. t.* Neque hic usurarum legitimarum seu modicarum perceptioni repugnat jus divinum, uti post alios plenius docet Hahnius *ad Wesembecii paratitl. Pand. h. t. num.* 5. (*)

(*) Nihil vulgatius quæstione illa diu vexata de illicitis licitisve usuris: Usuras alias compensativas, alias punitivas, alias mere lucrativas optimo jure distinxit Auctor; & quidem compensativas sive lucri

5. Quod si usuræ supra modum legitimum in conventionem deductæ sint, non plane inutilis est usurarum vel promissio vel præstatio, sed tantum id; quod legitimum excedit modum, si quidem solutum sit, vel restituendum foret, vel sorti imputandum, salva manente licitarum retentione & exactione, ne utile per inutile vitietur, ubi ab inutili potest separari, *l. placuit* 29. *ff. h. t.* Andr. Gayl *l. 2. observ.* 4. Neostadius *curia supr. decis.* 3. Sande *decis. Frisic. l.* 3. *tit.* 14. *defin.* 7. Jacob. Coren *observ.* 4. sive palam usuræ majores, quam par est, conventione comprehensæ sint, sive per interpositas personas id actum fuerit, dum forte illustris per mercatorem fœnus exercens bessales stipulatur, qui suo ex capite non nisi trientes consequi potest, *l. eos, qui* 26. *in fine C. h. t.* sive etiam in casum moræ, in mutuo reddendo committendæ, pœnam quis stipulatus sit, quæ legitimam egreditur usurarum quantitatem, arg. *l. dum non frumentum* 16. *C. h. t.* Appendix decisionum *post resp. Jurisc. Holl. par.* 3. *vol.* 1. *pag.* 16. Et usque vero hæc vera sunt, ut, licet ultimarum voluntatum favore multa testatoribus a jure permissa sint, tamen hi heredem damnare non potuerint ad usuras legitimis majores ob moram in legatis certæ quantitatis commissam præstandas, *l. si legatum* 3. §. *ult. ff. de annuis legatis*. Interim improbos fœneratores infamia notatos fuisse, patet ex *l. improbum* 20. *C. ex quib. caus. infam. irrog.* ac tum ex lege duodecim tabul. tum ex Theodosii constitutione in quadruplum damnandos fuisse, evidens est ex *l.* 2. *Cod. Theodor. de usuris*, et Jacobi Gothofredi ibidem adnotatis: adhæc criminibus extraordinariis, & quidem crimini stellionatus, improbum fœnus accenseri, plures volunt, licet alii id negent. Vide Ant. Matthæum *de crimin. lib.* 47. *tit. ult. cap.* 6. Carpzovium *pract. crimin. part.* 2. *quæst.* 92. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 208. et *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 169.

6. Si alio in loco graviorum usurarum stipulatio permissa, in alio vetita sit, lex loci, in quo contractus celebratus est, spectanda videtur in quæstione, an moderatæ an vero modum excedentes usuræ per conventionem constitutæ sint. Dummodo meminerimus, illum proprie locum contractus in jure non intelligi, in quo negotium gestum est, sed in quo pecuniam ut solveret, se quis obligavit, *l. aut ubi quisque* 3. *ff. de reb. auctorit. jud. possid. l. contraxisse* 21. *ff. de oblig. & action. exigere* 65. *ff. de judiciis*. Modo etiam bona fide omnia gesta fuerint, nec consulto talis ad mutuum contrahendum locus electus sit, in quo graviores usuræ, quam in loco, in quo alias contrahendum fuisset, probatæ inveniuntur, arg. *l.* 1. *ff. h. t. l. si fundus* 6. *ff. de eviction. semper in stipulationibus* 34. *ff. de reg. jur. l.* 1. §. *in honorariis* 10. *ff. de extraord. cognit.* Andr. Gayl *lib.* 2. *observ.* 8. *n.* 5. 6. etiamsi de cetero hypotheca, in sortis et usurarum securitatem obligata, in alio loco sita sit, ubi solæ leviores usuræ permissæ; cum æquius sit, contractum accessorium regi ex loco principalis negotii gesti, quam ex opposito contractum principalem regi lege loci, in quo accessorius contractus celebratus est. Burgundus *ad consuet. Flandr. tract.* 4. *num.* 10. Ant. Matthæus *de contractib. disput.* 35. *th.* 9.

7. Debentur usuræ vel promissæ vel non promissæ. Promissæ regulariter secundum jus Romanum non aliter peti potuerunt in stricti juris judiciis, quam si in stipulationem deductæ fuissent; nam si pacto tantum comprehensæ essent, solutarum quidem tanquam naturaliter ex pacto debitarum retentio permissa fuit, uti et retentio pignorum pro usuris ita promissis obligatorum; ut petitio seu exactio usurarum non item, *l. quamvis usuræ* 3. *l.* 4. *l. creditor* 7. *l. pignoribus* 22, *C. h. t. l. solutum* 11. §. *si in sortem* 3. *ff. de pignorat. act. l. Titius* 24. *ff. de præscript. verbis*, nisi res aliæ præter numeratam pecuniam mutuo datæ fuissent, *l. frumenti* 12. *C. h. t.* vel usuræ civitati ex pacto promissæ, *l. etiam* 30. *ff. h. t.* vel fisco, *l. Herennius* 43. *ff. h. t.* argentariis, *novell.* 136. *cap. insuper* 5. vel ex trajectitia pecunia, *l. periculi pretium* 5. §. 1. *l. in quibusdam* 7. *ff. de nautico fœnore*. Quarum exceptionum ratio respectu quidem civitatum, fisci, trajectitiæ pecuniæ, & argentariorum, petenda videtur ex speciali favore fisci, civitatum, utilitatis etiam publico obvenientis ex negotiatione maritima, nec non necessario argentariorum usu: quippe quorum officium ac ministerium publicam causam habebat, uti mensa publicam fidem, *l. argentarius* 10. §. *ideo* 1. *ff. de edendo, l. si ventri* 24. §. *in bonis* 2. *ff. de rebus auctorit. jud. possid. l. si hominem* 7. §. *pen. & ult. l.* 8. *ff. depositi.* Hordei vero vel frumenti intuitu id ita placuisse probabile est, quia plerumque illud mutui genus inter rusticos, stipulationum & formularum imperitos, magisque simplicitati ex jure gentium in pactis spectandæ studentes, celebrari solebat. Nam quamvis incerti pretii ratio induxerit, ut in fructibus mutuo datis additamentum usurarum ejusdem materiæ admitteretur, *l. oleo* 23. *C. h. t.* non tamen etiam, ut illud ex pacto peti posset. Sed cum moribus hodiernis generaliter ex nudo pacto actionem dari tralatitium sit, ut dictum *t. de pactis*, consequens est, parum nunc interesse, utrum pacto an stipulatione usuræ promissæ sint, ad id, ut exactio earum fieri possit. Groenewe-

---

cessantis, sive damni emergentis, sive periculi proximi Juris utriusque Consulti licitas docent; addunt & licitas quoque, punitivas moræe culpabilis in pactum deductae, modo non excedant culpae gravitatem, nec in fraudem inducantur; at mere lucrativas, quibus exigendis nulla suppetit caussa, nullus titulus, nulla ratio, sed lucri cupido tantum praesto sit, licitas jure quis dixerit, cum nullum jus in hypothesi suffragetur? Leges Imperiales in eo totae fuerunt, ut cupiditatem lucri si minus extinguerent, minuerent tamen ad offensionem justitiae publicae vindicandam. At Canones e regione in id intenti semper fuere, ut cupiditatem hanc non circumscriberent, sed extirparent prorsus atque abigerent; hinc leges quavis aetate Usuras contrahunt plus minus variantque; at Canones quavis aetate non contrahunt, sed prohibent, atque omne sortis augmentum e medio tollunt. Videre id licet ad oculum, collatis quovis seculo Legum et Canonum statutis: cum non omne mutuum careat titulo, nec omnis contractus sit mutuum, hinc et extra mutuum et in mutuo ipso non vi mutui sed alterius tituli, augmentum sortis est licitum; in quo tantum locum habet quod Auctor disserit.

gen *ad l.* 22. *C. h. t.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 4. *num.* 17.

8. Quod si usuræ in conventionem quidem deductæ sint, sed sine certa quantitate; etsi nonnullis placuerit, nihil inde peti posse; magis tamen est, ut tum jure Romano, tum præcipue hodierno ad eam quantitatem obligatio usurarum contracta intelligatur, quæ ex more regionis, in qua conventio celebrata, præstari solet: eo quod secundum Ulpianum *semper in stipulationibus & in ceteris contractibus sequimur quod actum est, aut si non pateat quid actum sit, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur, & si neque regionis mos appareat, quia varius fuit, ad id, quod minimum est, redigenda summa est*, *l. semper in stipulationibus* 34. *ff. de reg. juris*, Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 24. *defin.* 7. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 14. *defin.* 3. Groenewegen *ad l.* 31. *ff. h. t.* Nec huic contrarium est, quod idem Ulpianus habet, *quod in stipulatione sic adjectum est*, usuras, si quæ competierint, *nullius esse momenti, si modus certus non adjiciatur*, *l.* 31. *ff. h. t.* Cum illic stipulatio concepta non sit de usuris in futurum præstandis, sed de præteritis, iisque non certo debitis, sed incertis, puta, *si quæ competierint*, ut proinde mirum non fuerit, nihil ex illa stipulatione incerta peti, quamdiu de debita certa usurarum quantitate probatum non est. Non etiam adversatur *l. tutor* 41. §. *ult. ff. t.* ubi Modestinus respondit, ex formula, *scripsi me accepisse & accepi ab illo mutuos & numeratos decem, quos ei reddam Calendis illis proximis, cum suis usuris placitis inter nos*, usuras peti non posse, si non appareat de quibus usuris conventio facta sit. Considerandum enim, non fuisse ibi simpliciter de præstandis usuris conventionem interpositam, sed certam usurarum quantitatem placito partium fuisse definitam; cumque scriptura de ista conventione deinceps concepta esset, nec tamen instrumento inserta appareret usurarum quantitas placito partium determinata, non potuit ex illo instrumento usurarum petitio moveri, nec debitor in usuras ex more regionis præstari solitas damnari, tum, ne forte vel in minus vel in plus, quam placuerat, condemnatio sequeretur, tum quia illa obligatio ad usuras ex more regionis præstandas tantum usum invenit, cum inter contrahentes nihil certi circa usurarum quantitatem conventione constitutum est. Dissentit Donellus *ad l.* 3. *C. h. t. n.* 2. 3. 4. Respons. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 273.

9. Quisquis autem mutuam pecuniam in annum accipiens, se sortem cum usuris anno elapso restituturum promisit, maturius sortem reddere non potest, nisi additis simul anni totius usuris, nec liberari potest, eas solvendo pro rata temporis, quo forte usus est, cum pecuniæ fœnebri dies appositus initio saltem inspecto magis in creditoris gratiam videatur additus: contra quam in gratuito pecuniæ usu concesso dicendum foret. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 4. *n.* 31. Groenewegen *ad l.* 122. *ff. de verb. oblig.* Adde *tit. de reb. creditis n.* 20. Plane si ultra anni spatium retineat debitor usum sortis, etiam pro rata temporis usurarum conventarum cursus perdurat; eo modo, quo in rerum non fungibilium locatione post finitum primum locationis tempus ex tacito contrahentium consensu locatio cum onere ejusdem mercedis continuata intelligitur, juxta *l. item quæritur* 13. §. *ult. ff. locati*, cum usura nihil aliud sit, quam merces quædam pro temporario nummorum usu pendenda, ut supra dictum. Carpzovius *defin. for. par.* 2. *constit.* 10. *defin.* 5. Groenewegen *ad l.* 7. *C. h. t.* Leeuwen *cens. forens. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 4. *n.* 20. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *t.* 24. *def.* 1. Sande *dec. Fris. lib.* 3. *tit.* 14. *def.* 4.

10. Hactenus de usuris promissis: non promissæ debentur ac peti possunt ex mora in bonæ fidei judiciis, sive mora ex re fuerit, sive mora ex persona, *l. mora fieri* 32. §. *in bonæ* 8. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. §. 1. *ff. h. t. l. curabit* 5. *C. de act. emti*, *l. initio* 5. *C. de pactis inter emt. & vendit.* cum constitutum sit, in bonæ fidei judiciis, quantum ad usuras attinet, ut in eas fiat condemnatio, tantundem posse officium arbitri, quantum stipulatio, *l. Lucius Titius* 24. *ff. depositi*. In stricti juris judiciis eas neque ex mora extrajudiciali, neque ex mora judiciali, adeoque nec post litem contestatam deberi verius est, *l.* 1. *C. de condict. indeb.* arg. *l. quamvis usuræ* 3. *C. h. t. l. Titius* 24. *ff. de præscript. verbis*, *l. idemque* 10. §. *si quis Titio* 4. *ff. mandati*, nisi in solvendis legatis aut fideicommissis, quæ actione ex testamento stricti juris petuntur, mora intervenerit, *l. in fideicommissi* 3. §. *ult. l. usuræ vicem* 34. *ff. h. t.* vel in judicato satisfaciendo ultra quatuor menses a lata sententia, *l. eos, qui* 2. & 3. *C. de usuris rei jud.* (in quo tamen aliud moribus nostris obtinere, monetur *in seqq. h. t. num.* 11.) vel fisco quantitas debeatur, *l. cum quidam* 17. §. *fiscus* 5. *ff. h. t.* Nec his adversatur, quod Paulus libro quinquagesimo septimo ad edictum scripsit, *lite contestata usuras currere*, *l.* 35. *ff. h. t.* sensus enim est, usurarum ante vel ex conventione, vel ex mora in bonæ fidei judiciis, inductum cursum non sisti per subsecutam litis contestationem; quod & a Pomponio non obscure traditum in *l. cum stipulati* 90. *ff. de verb. obligat.* Quamvis enim per novationem ex partium libera voluntate interpositam usuræ currere desinant, teste eodem Paulo, *l. novatione* 18. *ff. de novation*, non tamen ita per novationem illam, quæ ex necessitate per litem contestatam fiat, quia non solet deterior fieri conditio illorum, qui litem contestati sunt, quam si non, sed plerumque melior, *l. non solet* 86. *l.* 87. *ff. de reg. juris*. Neque improbabile, verba *d. legis* 35. & *d. l.* 18. continuata serie a Paulo fuisse scripta, hoc modo, *novatione legitime facta liberantur hypotheca & pignora, usuræ non currunt*, *l.* 18. *at lite contestata usuræ currunt*, *l.* 35. utraque certe Pauli est, utraque ex *libro* 57. ad edictum deprompta. Nec novum, ita necessariæ ac voluntariæ novationis differentes effectus, continuata serie in jure proponi: nam & Ulpianus circa pignoris liberationem scripsit, *solutum non videri, si lis contestata cum debitore sit de ipso debito, vel si fidejussor conventus fuerit: novatam autem debiti obligationem pignus perimere*, *l. solutum* 11. *pr.* & §. 1. *ff. de pignor. act.* & ipsum quoque Paulum alibi eadem methodo in enarrandis voluntariæ ac necessariæ novationis differentiis processisse, patet ex *l. aliam causam* 29. *ff. de novation.* Non etiam obstat, quod fructus post litem contestatam debentur in stricti juris judiciis, usuræ autem vicem fructuum obtinent, & merito a fructibus non debent separari, *l. videamus* 38. §. *si actionem* 7. *ff. h. t.* junct. *l. usuræ vicem* 34. *ff. h. t.* Etenim, licet in eo tertio cum

fructibus usuræ comparentur, quod ex mora debeantur in bonæ fidei negotiis, uti ipsa *l.* 34. aperte significat, in ceteris tamen, atque adeo etiam in stricti juris judiciis, dispar ratio est. Minus urget, quod in stricti juris contractibus post litem contestatam omnis causa restituenda sit, seu id omne quod habiturus esset actor, si litis contestandæ tempore solutio facta fuisset *l. cum fundus* 31. *ff. de reb. creditis*. Non enim sub causa continentur usuræ, de quibus certo asseri nequit, actorem eas post litem contestatam fuisse percepturum; cujus rei argumentum est, quod licet malæ fidei possessor omnes fructus, etiam consumtos ac percipiendos, quos petitor honeste percipere potuisset, reddere domino vindicanti teneatur, *l. si navis* 62. §. 1. *ff. de rei vindic.* tamen ex pecunia, quam non attigit, seu qua usus non est, ad usuras condemnandus haud sit, *d. l.* 62. *pr. ff. de rei vind. l. item veniunt* 20. §. *Papinianus* 14. *ff. de petit. hered.* idque quia fructus sine suo potuit periculo percipere, dum res, ex qua fructus colliguntur, domini periculo est; at, ut usuras percipiat, sortis periculum subire deberet, cum pecunia periculo dantis fœneretur, *d. l.* 62. Adde *tit. de petit. hered. num.* 15.

11. Nostris vero moribus, quibus magna ex parte non ita anxie servantur illæ, quæ ex jure civili inter bonæ fidei & stricti juris judicia inductæ fuerant differentiæ, regulariter ex sola mora extrajudiciali usuræ nec in bonæ fidei nec in stricti juris negotiis adjudicandæ sunt; post litem vero contestatam utrobique omnino Groenewegen *ad l.* 37. 33. *de neg gestis*, & *ad l.* 11. *C. de contrah. & commit. stipulat.* Appendix decisionum *post resp. Jurisc. Holl. par.* 3. *vol.* 1. *pag.* 9. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 24. *def.* 33. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 30. *defin.* 17. Plane, si sententia judicis condemnatio ad usuras comprehensa non sit, neque statim a lata sententia, neque post lapsum mensium quatuor, usuræ nunc currere incipiunt, sed demum, si dilata intra annum fuerit executio sententiæ, & ob id reus condemnatus iterum ex more vocatus fuerit ad id, ut videat, nova executionis mandata contra se decerni, Neostadius *curiæ supr. decis.* 38. Groenewegen *ad l. ult. C. de usuris rei judicatæ*, Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 33. *num.* 5. Quantitas autem usurarum, in quas ex mora judiciali condemnatio fit, videtur definienda ex more regionis, arg. *l. cum servus* 39. §. *fructus* 1. *ff. de legatis* 1. *l.* 1. *ff. h. t. l. tutor, qui* 7. §. *quæ autem* 20. *ff. de admin. & peric. tut.* & quidem penes nos præcipue ex illo usurarum modo, quem respublica nomine sortium debitarum promittere ac solvere consuevit. Unde licet eo tempore, quo Groenewegius & alii scripserunt, in quincunces usuras ex mora judiciali rei soliti fuerint condemnari, quia & tantæ per ærarium publicum tunc pendebantur; tamen quia nunc solæ trientes solvuntur a Republica, etiam in eas tantum, velut in regione maxime frequentatas, condemnationem sequi, æquum videtur. Vide Groenewegen *ad l.* 26. §. 1. *h. t.* Quod si debitor ac creditor diversis in locis, vario circa usurarum quantitatem jure utentibus, domicilium foveant; magis est, ut in adjudicandis ex mora usuris mos servetur loci illius, in quo debitor commoratur, & in quo maxime ad solvendum id, quod debetur, conveniri ac compelli potest, arg. *l. tutor, qui* 7. §. *quæ autem* 10. *in fine ff. de admin. & peric. tut.* Resp. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 145. *q.* 9. nisi alius solutioni faciendæ locus expresse vel tacite obligationi adjectus sit, arg *l. at ubi quisque* 3. *ff. de eb. auctorit. jud. possid. l. contraxisse* 21. *ff. de oblig. & act.*

12. Sunt tamen casus nonnulli, in quibus etiam secundum usum fori hodiernum ex sola mora extrajudiciali reus ad usuras condemnari potest; puta, si ex causa negotiationis majoris seu mercium non minutim sibi venditarum ac traditarum debens, morator extiterit, aut, cum ex more mercatoribus frequentato ultra citroque plura deberentur, frustratoria dilatione is, qui major est debitor, pariationem ad dignoscendam residui debiti quantitatem facere tergiversatus est, Groenewegen *ad Grotium manud. lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 73. Responsa Jurisc. Holl *par.* 1. *cons.* 303. *in fine*, Adde Molinæum *de usuris n.* 548. & generaliter, si emtor sit in mora solvendi pretii post terminum solutioni præfinitum, licet neque de usuris præstandis quicquam convenerit, neque ex re vendita tantos fructus perceperit aut potuerit percipere, quantum usurarum nomine ex more regionis solvendum est: cum æquitas non patiatur, eundem emtorem eodem tempore & fructus rei & usuras pretii sibi lucrari, *l. curabit* 5. *C. de act. emti*, *l. Julianus* 13. §. *veniunt* 20. & 21 *ff. de act. emti*, *l. usuras emtor* 2. *C. h. t.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 24. *defin.* 6. *in fine.* Molinæus *de usuris n.* 552. Carpzovius *defin. for. par.* 2. *const.* 30. *defin.* 6. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 14. *defin.* 8. Groenewegen *ad l.* 12. *C. de contrahend. & committ. stipul.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 4. *n.* 14. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 411. Quin &, si emtor rei venditæ evictionem passus sit, non ad pretii tantum soluti restitutionem recte egerit, sed & ad usuras ejus a tempore factæ evictionis, Neostadius *curiæ supremæ decis.* 68. Adhæc in legatorum ac fideicommissorum persecutione, idque favore ultimarum voluntatum, quas exitum sortiri publice interest, *l. vel negare* 5. *ff. testam. quemad. aper. inspic. & descr.* Groenewegen *ad l.* 1. *C. de usuris & fructibus legatorum.* Idemque pupillorum & similium personarum miserabilium favore obtinere volunt convenienter Romani juris principiis, si tutor, curator, Ecclesiæ œconomus aliique similes pupillorum, aut adultorum, aut Ecclesiæ ac piorum locorum pecunias in suos usus converterint. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 87. & *par.* 4. *consil.* 317. de quibus plenius suis locis. Denique etiam in actuario seu graphiario, qui nummis apud se publice depositis usus est, Groenewegen *ad l.* 2. & 4. *C. depositi*.

13. Nuda autem usurarum præstatio per annos plures continuata, sine præcedente alia obligationis usurariæ causa, non inducit obligationem ad eas in posterum præstandas; *l. creditor* 7. *C. h. t. l. si certis* 28. *C. de pactis*, Menochius *de præsumt. lib.* 3. *præs.* 131. *num.* 54. Neostadius *de pact. antenupt. observ.* 21. *in notis in fine*. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 14. *def.* 4. Ant. Faber *C. lib.* 8. *tit.* 4. *def.* 7. Quibus contradicere prima specie videtur Papinianus in *l. cum de in rem verso* 6. *ff. h. t.* sed penitius considerata lege, apparet, non illic de eo quæstionem esse, an usuræ in posterum solvendæ essent, sed potius, per quem. Filius nempe eas promiserat; pater longo tempore solverat; ex ea solutione diutius per patrem continuata præsumtio nascebatur, sortem, cujus intuitu

usuræ & promissæ & solutæ fuerant, in rem patris fuisse versam, indeque concluditur, recte per actionem de in rem verso heredes patris a creditore conveniri. Juvatque hanc interpretationem ejusdem *legis sextæ paragraphus prima*, principio cohærens, in quo itidem non quærebatur, an usuræ dotis aut dos ipsa esset debita, sed a quo, & definitur, filiæ Flavii Athenagoræ, cujus bona publicata erant, de fisco decem millia dotis nomine numeranda esse ideo, quia pater, qui ad dotem filiæ dandam ex officio paterno obligatus erat, illius quantitatis usuras ipse solverat. Cum enim alioquin dubium sæpe esset, an pater dotem filiæ constituens, eandem de suis an magis de filiæ bonis videretur constituisse, secundum ea quæ occurrunt in *l. ult. C. de dotis promissione*, nunc ex eo, quod pater dotis promissæ usuras solvisse probabatur, etiam conjectura capiebatur, dotem non ex filiæ sed patris ipsius rebus fuisse constitutam, ac proinde fiscum, ex publicatione successorem patris promittentis, ad eam quantitatem devinctum esse. Non etiam obstat *l.* 1. *C. de fideicommissis*, non enim illic de usurarum præstatione, sed annuo alimentorum fideicommisso agitur, quod dum tertium præstat heres, defuncti voluntatem minus perfectam rebus ipsis ac factis declarato consensu intelligitur ratam habuisse, suadente inter alia etiam alimentorum favore talem ratihabitionis interpretationem. Vide Menochium *de præsumt. d. lib.* 2. *præs.* 131. *n.* 5. Brunnemannum *ad d. l.* 1.

14. Non tamen inficias eundum, quin tacitum inducatur pactum de præstandis in posterum usuris levioribus, si annis pluribus leviores sint præstitæ, quam erant promissæ, creditore haud ignaro, majores deberi, ne alias error excludat consensum, *l. adversus* 5. *l. quamvis Bassa* 8. *C. h. t. l. qui semisses* 13. *ff. h. t.* Groenewegen *ad l.* 5. *C. h. t.* eo quod leges magis ad liberandum quam ad obligandum proniores sunt, *l. Arrianus* 47. *ff. de oblig. & act.* Aliud dicendum foret, si nullæ usuræ longiore tempore fuerint exactæ aut præstitæ, cum nulla de cetero earum remittendarum ratio aut præsumtio appareret: tunc enim & præteritas, in quibus mora facta, jure peti, & futurarum suo tempore exactionem patere, certum est ex generalibus juris principiis, secundum quæ liberum actori est, quando agere, quando petitionem differre velit, si modo tempora præscriptioni actionum præfinita elabi non patiatur, *l.* 5. §. *ult. ff. de doli mali & met. except.* Quod si appareat, ideo creditorem usuras annis pluribus non exegisse, ut gratior apud debitorem esset, in futurum quidem remissæ haud censentur, sed in præteritum parum juste earum fieri exactionem, D. Pius rescripsit, *l. cum quidam* 17. §. *Divus* 1. *ff. h. t.* nam &, qui dat ea spe, quod se ab eo, qui acceperit, remunerari existimaret, aut amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non potest, opinione licet falsa deceptus, *l. dedi tibi* 3. §. *sed si servus* 7. *in fine ff. de condict. caus. data*, arg. *l. si repetendi* 7. *C. de condict. ob caus. dat.*

15. Cessat usurarum obligatio, si a creditore remissa sit. Et quamvis ob insolitam sterilitatem, inundationem, incursum hostium, & alias similes calamitates compelli locatores possint, ut vel totam mercedem illius temporis, vel partem, conductori remittant, & hoc quoque in annuorum redituum mere realium debito ratione non improbabili defendi posse videatur; in usuris tamen debiti sive chirographarii, sive etiam immobilium hypotheca muniti, neque jus civile ex causis suprascriptis remissionem fieri præcepit, neque usus hodiernus id ipsum difficillimis reipublicæ temporibus induxit, sed tantum aliquam solutionis dilationem, aut graviorum usurarum ad vulgares pro illo tempore reductionem, de quo pluribus Abr. a Wesel *de remiss. mercedis cap.* 9.

16. Cessat quoque, si debitum principale per solutionem sine additamento usurarum, aut per præscriptionem extinctum sit, *l. qui per collusionem* 49. §. 1. *ff. de act.* emti, arg. *l. ult. ff. de eo quod certo loco*, cum sublato principali tollatur accessorium, ac is, cui solutum, in sua habuerit potestate, ut id, quod solvebatur, prius in usuras acciperet, & reliquum in sortem, *l. in his vero* 5. §. *ult. ff. de solution*, *l. si usuras* 21. *C. h. t.* Idemque est, si judex in condemnando sortem quidem adjudicaverit, usurarum autem adjectionem ex natura negotiorum bonæ fidei non fecerit, neque ab ea sententia appellatum sit. Non enim ultra tunc de usuris creditor experiri potest, quia non duæ actiones sunt, altera sortis, altera usurarum, sed una; ex qua condemnatione facta, iterata actio rei judicatæ exceptione repellitur, *l. si deposita* 4. *C. depositi*, *l. in bonæ fidei* 13. *C. h. t.* Quæ vera, si ex sola mora adeoque judicis officio debita fuerint, *d. l.* 49. §. 2. *ff. de act. emti*, *d. l.* 4. *C. depos. d. l.* 13. *C. h. t.* Nam si ex stipulatu, etiam perempta sortis obligatione ad usuras actio superest; eo quod duæ tunc obligationes principales intelliguntur, altera certi, altera incerti, sortis altera, altera usurarum, *l. ubi autem* 73. §. *pen. ff. de verbor. obligat. l.* 1. *C. de judiciis*, arg. *l. centum Capuæ* 8. *ff. de eo quod certo loco.* Nec aliud statuendum videtur, si usuræ in conventionem fuerint deductæ per pacta a lege firmata, vel etiam contractui bonæ fidei in continenti adjecta, ideoque actionem ad usuras petendas secundum id, quod superius traditum, producentia; cum non minor pactorum talium, quam stipulationis vis sit, arg. *l. legitima* 6. *l. juris gentium* 7. §. *quin imo* 5. *ff. de pactis*, *l. in bonæ fidei* 13. *C. de pactis.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 14. *defin.* 10. Carpzovius *defin. for. par.* 2. *constit.* 30. *defin.* 12. & 13. Sim. van Leeuwen *cens. for. par.* 1. *l.* 4. *cap.* 4. *n.* 29. 39. aliique *ibid. citati.* Neque hæc jure novissimo per Justinianum mutata in *l. eos, qui* 26. *pr. C. h. t.* qua generaliter videtur constitutum, *eos, qui principali actione per exceptionem triginta vel quadraginta annorum sive personali sive hypothecaria ceciderunt, non posse super usuris vel fructibus præteriti temporis aliquam movere quæstionem, dicendo, ex iisdem temporibus eas velle sibi persolvi, quæ non ad triginta vel quadraginta annos præteritos referuntur, asserendo, singulis annis earum actiones nasci: principali enim actione non subsistente, satis supervacuum esse, super usuris vel fructibus adhuc judicem cognoscere.* Etenim satis commode legem illam acceperimus de usuris non ex conventione, sed sola mora debitis; maxime, cum jungantur fructibus, quos non ex conventione sed mora deberi patet ex *l. videamus* 38. *pr.* & §§. *seqq. ff. h. t.*

17. Utrum autem sola sortis & usurarum, quarum dies cessit, oblatione sistatur usurarum concursus, an vero consignatione ac depositione opus sit, distinctione definiendum est: si enim usuræ tantum propter moram ex persona, quæ per interpellationem

introducitur, currere cœperint, sola quoque oblatione debiti legitime facta, quasi interpellatione contraria, moram priorem purgante, currere desinunt, cum nihil tam naturale sit, quam unumquodque eo genere dissolvi, quo colligatum est, arg. *l. si servum stipulatas* 91. §. *sequitur* 3. *ff. de verbor. oblig.* junct. *l. nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. jur.* Si vero ex conventione aut mora ex re fuerint debitæ, præter oblationem consignatio etiam ac depositio necessaria est, *l. si per te* 9. *l. acceptam* 19. *C. h. t. l. tutor pro* 28. §. 1. *ff. de admin. & peric. tut. l.* 1. §. *ult. l. debitor.* 7. *ff. h. t.* ut tamen depositionis loco habeatur, si debitore depositionem minitante, creditor profiteatur, se pecuniam habere pro consignata, Sande *decis. Fris. lib.* 3. *t.* 14. *defin.* 13. Cumque secundum mores hodiernos ex sola mora ex persona seu interpellatione extrajudiciali non soleant usuræ currere, sed ex conventione, vel mora ex re quibusdam in casibus juxta superius observata *n.* 11. non mirum, quod a Groenewegio *ad l.* 6. *C. h. t.* & Ant. Fabro *C. lib.* 8. *tit.* 30. *def.* 53. & *lib.* 4. *t.* 33. *defin.* 15. scriptum fuit, solam debiti oblationem ex praxi nostrorum temporum non sufficere ad sistendum usurarum cursum, sed consignatione ac depositione opus esse. Quamvis & sola realis oblatio in judicio facta sufficere videatur ad id, ne inchoetur usurarum obligatio, quæ forte alioquin citra conventionem aut moram ex re, ex sola mora judiciali intuitu haberet, arg. *l. si per te* 9. *Cod. h. t.* Menochius *de arbitrar. jud. lib.* 2. *casu* 230. *n.* 2. Ant. Faber *C. lib.* 8. *t.* 30. *defin.* 40.

18. Quod si secundum praxin hodiernam debitum usurarum auctoritate judicis sub debitore arrestatum sit, adeoque interdictum debitori ad tertii petitionem, ne creditori solvat, magis est, ut non aliter debitor ab usurarum obligatione in futurum liberetur, quam si more consueto pecuniam publice deposuerit, aut saltem ex creditoris declaratione ea pro deposita habeatur. Aliter quam statuendum, si necdum usuræ currere cœperint, nec ex conventione debeantur, sed ex mora judiciali deinceps forte cursus earum inchoandus fuerit; tunc enim auctoritas judicis solutionem prohibens impediret, ne debitor morator dici queat, adeoque ne existat causa, mora scilicet, ex qua usurarum cursus initium caperet; cum præceptum judicis a mora ac contumacia debitorem excuset, Mævius *de arrestis cap.* 9. *n.* 51. Adde Carpzovium *defin.* 25. Meeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap* 4. *n.* 33. Plane, si ob id, quod rei immobilis evictio in limine contractus imminere videtur, emtor differat numerationem pretii annua bima trima die solvendi cum pacto usurarum in casum moræ, usurarum præstationem respectu pensionis, cujus dies jam venit, evitare non potest, si non sua quaque die consignatam pretii partem publice deposuerit; cum iniquum esset, & fructus rei & pretii usuras aut usum, ejusdem emtoris lucro cedere contra *l. curabit, C. de act. emti, l. Julianus.* 13. §. *veniunt* 20. & 21. *ff. de act. emti.* Nec recte moveris in contrarium, venditorem ex suo latere nondum implevisse contractum; ac proinde nec emtorem hactenus in mora solvendi esse: cum utique ad inducendam obligationem usurarum ob pretium suo tempore non solutum necesse non sit, dominium rei venditæ in emtore translatum esse, sed vel precariæ tantum possessionis translatio sufficiat, & hoc solutum spectandum sit, an emtor habeat faculatem fructus percipiendi *d. l.* 13. §. 21. *ff. de act. emti*, Fachineus *controvers. lib.* 2. *cap.* 32. *q.* 2. Berlichius *par.* 2. *conclus. pract.* 38. *n.* 15. Carpzovius *defin. for. par.* 2. *constit.* 34. *def.* 38. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 14. *defin.* 8. aliique ab eo citati.

19. Ceterum sortem excedere non potuerunt usuræ, sive particulatim, sive simul & semel solutæ, *l. de usuris* 27. *C. h. t. nov.* 121. & 138. (abrogata *l. usura per* 10. *C. h. t.*) Sed cum ipsi Justiniano placuerit, constitutiones illas ad reditus annuos civitatibus debitos haud extendi, *nov.* 160. non iniquum ex nostris moribus visum fuit, durare obligationem usurariam, donec sors restituta fuerit, etiamsi triplicatæ vel quadruplicatæ sortis superent quantitatem, si modo particulatim solutæ sint: nam si quis simul & semel annorum viginti quinque aut triginta exigeret usuras quincunces, ei non nisi annorum viginti, sortem æquantium, solutionem adjudicandam esse, adeoque reductam videri dispositionem, *d. l.* 10. *C. h. t.* tradit Sande *decis. Frisic. l.* 3. *tit.* 14. *def.* 5. *in fine*, Groenewegen *ad l.* 27. §. 1. *C. h. t.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 4. *n.* 35. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 87. *in fine*.

20. Similiter usurarum usuras exigi, aut usuras iterum in sortem conveniri (quod *anatocismi* nomine venit) prohibitum est, *l. ut nullo* 28. *C. h. t. l. si non sortem* 26. §. 1. *ff. de condict. indeb. l. præses provinciæ* 27. *ff. de re judic. l. placuit* 29. *ff. h. t.* Cicero *epist. ad Attic. lib.* 5. *epist. ult.* adeo ut ne is quidem, qui adversarium jam in usuras condemnatum habet, eundem post quadrimestre spatium in usurarum usuras convenire queat judicati actione, licet sortis ipsius centesimæ ex eo tempore debeantur, *l. ult. C. de usuris rei judicatæ*, nec creditor secundus hypothecarius priori sortem offerens cum usuris, atque ita in ejus locum subintrans, usurarum depensarum usuras a debitore consequatur, quia non alterius negotium gessit, sed magis suum, *l. creditor, qui* 12. §. *sciendum* 6. *ff. qui pot. in pign.* nec denique is, qui actionem principalem una cum annorum quorundam usuris jam debitis emit, pretiumque exsolvit: tum quia & hic cedens ac cessionarius non debitoris sed suum negotium gessisse videntur, arg. *d. l.* 12. §. 6. *ff. qui pot. in pignor.* tum quia hac ratione porta aperiretur ad machinationes in fraudem legum, anatocismum prohibentium merito improbandas. Brunnemanus *ad l. ult. C. h. t.* Si tamen tutor usuras pupillares a debitoribus pupillaribus exactas in suos usus converterit, quia parvi refert, utrum usuris pupillaribus an sorte suum in commodum usus sit, ad usurarum usuras damnandus est, *l. tutor, qui* 7. §. *si usuras* 12. *l. qui negotiationem* 58. §. 1. & *ult. ff. de admin. & peric. tut.* Confer Resp. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 87. Idemque est, si tutor pupillares nummos ipse fœnori acceperit, auctore forte contutore, convenienter *legi non existimo* 54. *ff. de admin. & peric. tut.* vel etiam a patre pupilli aliove cui pupillus heres extitit, ac usuras suis temporibus a se non exegerit, deinceps in utilitatem pupilli rursus collocandas: sive enim ab extraneo debitas atque exactas in suos usus converterit, sive a se exigendas non exegerit, cum id ex officio agere deberet, sed in suos usus retinuit, quid quæso refert? Tutorem certe uti ab aliis ita & a

semetipso quicquid debet pupillo exigere debuisse, in aperto est. *l. quotiens* 9. §. *sed si sub* 4. in *fine*, §. 5. *ff. de admin. & peric. tut.* nec justum, deterioris conditionis pupillum esse in eo quod tutor, quam quod extraneus ipsi debet, ac proinde, si exactas ab aliis pupilli debitoribus usuras ipse jure veteri, ac moribus hodiernis, ex officii necessitate rursus fœnori aut aliter utilitates pupilli collocare obstrictus fuerit, *l. tutor, qui* 7. §. *si post depositionem* 3. *ff. de admin. & peric. tut.* iniquum esset, usuras, quas ipse pupillo debet, ac retinet, pupillo otiosas esse, Resp. Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 146. Zangerus *de except. par.* 3. *cap.* 23. *n.* 21. Sed &, si procurator ex mandato domini usuras consecutus sit a domini debitoribus, easque in suos usus convertisse probetur, eum ad usurarum usuras teneri, Papinianus ac Ulpianus respondent, *l. idemque &* 10. §. *si procurator* 3. *in fine ff. mandati.* Præterea, si negotiorum gestor usuras pro debitore solverit, ne aut litem aut pignorum distractionem patiatur, vel fidejussor usuras, in quas pro principali debitore fidejusserat, recte usurarum ita solutarum usuras repetierit, dum contendit ad indemnitatem, arg. *l. si vero* 12. §. *si mihi mandaveris* 9. *ff. mandati, l. & in contraria* 37. *ff. h. t.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 21. *n.* 9. De annuis quoque reditibus jam debitis novum reditum posse constitui, & in fisci ac civitatum debitis anatocismum hodie probari, nonnullis placet, Groenewegen *ad l.* 28. *C. h. t. num.* 3. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 4. *num.* 27.

21. Fructus proprie sunt, qui naturaliter ex re nascuntur ac renasci solent, *l. fructus* 7. §. *de pensionibus* 11. 12. 13. *ff. soluto matrimon. l. item, si fundi* 9. *pr. ac* §§. *seqq. de usufr. & quemad. quis utat. l. in pecudum* 28. *l. equis* 39. *ff. h. t.* Hi in stricti juris judiciis ex mora non debentur ante litem contestatam, quoties actio stricti juris tendit ad consequendum id, quod antea actoris non fuit, veluti ex stipulatu debitum: post litem vero contestatam perceptos a debitore ex æquitate præstandos esse visum fuit, ut causa restituatur, *l. videamus* 38. §. *si actionem* 7. *ff. h. t.* Quod si id petatur judicio stricti juris quod ante actoris fuit, etiam ante litem contestatam percepti fructus una cum re restituendi sunt; uti id evenit in condictione causa data causa non secuta; condictione indebiti; condictione rerum mortis causa donatarum, ubi donantem pœnituit; actione Faviana & Pauliana; interdicto unde vi; actione quod metus causa antequam ex contumacia cœpit arbitraria esse, *d. l.* 38. *pr. &* §. 1. 2. 3. 4. 5. 6. *ff. h. t.* In bonæ quoque fidei judiciis fructuum rationem habendam esse, patet ex *d. l.* 38. §. *ex causa* 8. *& seqq. ff. h. t.* & nominatim in hereditatis petitione fructuum venire restitutionem, ac usuras etiam fructuum ante litem contestatam perceptorum oportere reddi, patet ex *l. heres furiosi* 51. §. 1. *ff. de petit. hered.* & dictum *tit. de petit. hered. n.* 15. licet in singulari rei vindicatione fructuum usuræ non debeantur; eo quod in petitione hereditatis fructus veniunt jure actionis; quippe augentes ipso jure hereditatem: at in rei vindicatione non veniunt jure actionis, cum rem vindicandam non augeant ipso jure, sed tantum ex officio judicis, ac de hac singulari rei vindicatione agitur in *l. neque eorum* 15. *ff. h. t.* dum ibi sermo est de fructibus, qui *officio judicis* restituendi sunt. De cetero generalior de fructibus tractatio in titulo *de acquirendo rerum dominio* instituenda erit.

22. Causa est omnis rei qualitas & utilitas, quæ circa eam est, adeoque illud omne quod habiturus fuisset actor, si litis contestandæ tempore res soluta fuisset, *l. cum fundus* 31. *ff. de reb. credit. l. præterea* 20. *ff. de rei vind.* §. *si ad exhibendum* 3. *Instit. de offic. judicis*, *l. ult.* §. *ult. ff. de verb. signific.* & vel interna est, ut bonitas, fertilitas, integritas, libertas ab oneribus, & similia; vel externa, ut fœtus, partus, pensiones, fructus, quæque per servum debitum acquisita sunt, *d. l.* 20.

23. Accessio est omne illud, quod quomodocunque rei accedit, sic ut præter ea, quæ sub causa continentur, etiam ususfructus proprietati accrescens & insula & alluvio & alia similia alteri rei cohærentia atque cedentia comprehendantur; quin & id quod interest ac pœnæ conventionales, de quibus duobus ex professo agetur *t. de verb. oblig.* uti de accessionibus in *tit. de acquir. rer. domin.*

24. Mora est solutionis faciendæ vel accipiendæ frustratoria dilatio. Quam frequentius quidem debitor committit, rarius creditor; committit tamen hic, si rem legitimo modo oblatam non acceptet sive ea mobilis sit, sive immobilis, & debitor se eam præstare paratum denunciaverit, *nov.* 91. *cap. illud quoque* 2. De qua oblatione debiti pro parte in superioribus actum, & pluribus tractandum erit in *tit. de solution. & liberat.* An autem in unoquoque negotio mora intelligatur, nec ne, judicis prudentis æstimatio est, cum difficilis sit hujus rei definitio, & D. Pius rescripserit, neque constitutione ulla, neque juris auctorum quæstione id decidi posse, quia magis facti, quam juris est, *l. mora* 32. *ff. h. t.*

25. Dividitur mora, quod alia *ex re* sit, alia *ex persona*: hæc frequentior, illa rarior. Mora *ex persona* fit, si interpellatus opportuno loco & tempore non solverit, *d. l. mora fieri* 32. *ff. h. t.* seu, cum postulanti non datur, ut Paulus ait *sent. lib.* 3. *tit. ult. in fine.* Ac induci potest per unam interpellationem legitime factam, sive judicialem sive extrajudicialem, arg. *l. Titia Sejo* 87. §. 1. *in fine ff. de legatis* 2. *l. si ex legat.* 23. *ff. de verb. oblig. l. qui decem* 72. §. *de solution.* Bronchorst. *enant. cent.* 2. *assert.* 73. Wissenbach *ad Pand. h. t. num.* 15. si modo ei interpellans inhæserit; nam si adversario denunciatum esset, & cum is postea sui faceret potestatem, omissa fuerit per denunciantem debiti repetendi instantia, non protinus per debitorem mora facta intelligitur, *l.* 32. §. *& non* 1. *ff. h. t.* Quanquam nec dubium, quin ex abundanti plures interpellationes adhiberi possint; sicut & adhibitæ commemorantur in *l. Æmilius* 38. *ff. de minor.* 25. *annis*, *l. si mandatu Titii* 59. §. *pen. ff. mandati*, *l. qui Romæ* 122. §. *coheredes* 3. *de verb. oblig.* Quod si prima denunciatio non ipsi debitori, sed forte procuratori ejus aut alteri simili facta sit, si quidem is, cui denunciatum debitorem certiorem fecerit, etiam tunc debitor incipit in mora esse; si vero certioratus non sit, iterata interpellatione opus est, *l. item veniunt* 20. §. *petitam* 11. *ff. de petit. hered.* junct. *l. dies* 4. §. *prætor* 5. *ff. de damno infecto.* Quemadmodum etiam ad contumaciam inducendam una denunciatio non sufficit, sed trina requiritur, arg. *l. si convenit* 4. *in fin. ff. de pignorat. act. l. ad peremtorium* 68. *et seq. ff. de judiciis.*

26. Mora ex re est, quæ fit sine interpellatione; adeoque lege introducitur sine facto hominis; seu quando res ipsa moram in se continet, unde & a Paulo *mora in re* appellatur, *l. videamus* 38. *§. & quidem* 1. *ff. h. tit.* eo fere modo, quo & interdum pura stipulatio *ex re ipsa* dilationem capere dicitur, *l. interdum* 73. *ff. de verb. oblig.* & *ipsa res* in se dolum habere, *l. si quis, cum* 36. *ff. de verb. oblig.* Licet enim nulla intelligitur mora fieri, ubi nulla petitio est, *l. nulla intelligitur* 88. *ff. de reg. juris*, sciendum tamen, non ab homine tantum interpellationem fieri, sed & legem, atque etiam diem, pro homine interpellare, si modo dies certus obligationi adjectus sit, *l. magnam* 12. *C. de contrah. & commit. stipulat. l. trajectit.* 23. *ff. de oblig. & act. l. si fundus* 4. *§. ult. ff. de lege commiss. l. si fundum* 114. *ff. de verb. oblig. l.* 2. *C. de jure emphyteut.* Ant. Faber *C. libr.* 4. *tit.* 24. *defin.* 31. Mynsingerus *cent.* 3. *observ.* 95. Menochius *de arbitrar. jud. lib.* 2. *casu* 220. *n.* 46. 47. Si enim obligatio ex die incerto vel incerta conditione suspensa esset, magis est, ut non nisi per interpellationem ab homine factam debitor in mora constituatur; cum unusquisque certi quidem diei appositi meminisse & possit & debeat, nec obligatio sed sola solutio ex die suspensa sit, *d. l.* 12. at probabiliter ignorare debitor possit, nec divinare debeat, extitisse conditionem aut diem incertum, qui conditionis loco est. Præterquam quod existentia conditionis id tantum operatur, ut debitor esse incipiat, qui hactenus non fuerat; ac proinde, uti in debito puro, ita quoque in hoc jam purificato, recenterque nato, interpellationem adhiberi, æquum est; arg. *l. si dies* 21. *l. si penum* 24. *ff. quando dies legat. cedat.* Donnellus *ad l.* 73. *ff. de verb. oblig. num.* 3. Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 50. 51. 52.

27. Lege ipsa quasi interpellante, mora fit, si fur res furto subtractas non reddat; quippe qui semper moram facere intelligitur, *l. in re furtiva* 8. *§.* 1. *l. ult. ff. de condict. furt.* si quis pupillo vel fisco debitum non solvat, *l. cum quidam* 17. *§. fiscus* 5. *ff. h.t. l. in minorum* 3. *C. in quib. caus. in integr. restit. necess. non est*, si emtor fructus ex re vendita percipiens pretium non præstet, *l. curabit* 5. *C. de act. emti*, *l. evictis* 18. *§.* 1. *ff. h. t. l. usuras* 2. *C. h. t. l. Julianus* 13. *§. veniunt* 20. *ff. de act. emti*, si socius pecuniam communem, negotiorum gestor aliique similes pecuniam ejus, cujus negotia gerunt, in suos usus converterint, *l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t. l. qui sine* 38. *ff. de negot. gestis*, de quibus actum latius *tit. pro socio*, *n.* 17. si dos in fungibilibus promissa sit, & ultra biennium solutio differatur, *l. ult. §. ult. C. de jure dot.* si nullus sit, qui interpelletur aut conveniatur, *l. sed & si* 23. *§.* 1. *ff. h. t.* His vero in casibus, quibus ex re mora fit, quandoque moram abesse, leges ajunt, quatenus abest mora ex persona, quæ ex interpellatione est, *d. l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t. d. l.* 5. *C. de act. emti.*

28. Effectus moræ ex parte debitoris moratoris est, quod ad usuras & fructus secundum ante dicta, & pœnam conventam, & id quod interest, incipiat obligatus esse; atque etiam ad id quanti crevit pretium rei debitæ a tempore moræ, si res ipsa perierit, & ob id æstimatio ejus præstanda veniat, ut expositum *tit. de contradict. triticaria*, præcipue vero, quod perpetuetur obligatio etiam post interitum rei casu contingentem, si non eodem modo apud creditorem fuisset peritura; secundum ea, quæ per distinctiones tradita *ad tit. de rei vindicat. n.* 34. quodque actiones natura sua temporales reddantur perpetuæ, si modo tunc mora judicialis facta sit, *l. ult. in fine ff. de fidejuss. & nominat. & hered. tut. l. alium causam* 29. *in fine ff. de novation. l. nam, postquam* 9 *§. si is* 3. *ff. de jurejur.* Ex parte creditoris in mora accipiendi existentis id mora operatur, ut solvat antichresin, si qua creditori in pignore constituta sit, *l. ex prædiis* 11. *C. h. t.* ac transferat periculum rei debitæ in creditorem, *l. qui decem* 72. *ff. de solut. l. si servum* 91. *§. sequitur* 3. *ff. de verb. obligat.* De cetero mora regulariter soli nocet moratori, non alteri, ac ne correo quidem, *l. mora fieri* 32. *§. pen. ff. h. t. l. in condemnatione* 173. *§. pen. ff. de reg. jur.* licet unius correi factum alteri noceat, dum ex duobus Stichi promissoribus correi unus Stichum interemit, *l. pen. ff. de duobus reis constituendis.* An & quo usque mora debitoris principalis fidejussoris noceat, *ad tit. de fidejussoribus* explicandum erit.

29. Evenit tamen aliquando, ut mora excusationem mereatur; in quantum non omne, quod differendi causa fit, moræ adnumerandum est. Quid enim, si amicos adhibendos debitor requirat, vel expediendi debiti, vel fidejussoribus rogandis? vel exceptio aliqua allegetur? *l. sciendum* 21. *l.* 22. *l.* 23. *ff. h. t.* Quid si modicam arbitrio judicis dilationem sibi ad solvendum necessariam debitor a judice impetrandam desideret? arg. *§.* 2. *&* 3. *Instit. de offic. judicis*, *l. quod dicimus* 105. *ff. de solution.* Quid, si casus superveniens, aut ipsius creditoris factum, id quod obligationis contractæ tempore promissori facile erat, difficile admodum reddiderit, veluti si servus venditus aut promissus inciderit in hostium potestatem? æquum sane haud fuerit, debitorem ex mora propter hujusmodi impedimentum commissa obligari, *l. ult. ff. de act. emti*, arg. *l. ult. §.* 1. *ff. de leg. Rhod. de jactu*, *l. si servum* 91. *§.* 1. *ff. de verb. oblig.* Contra quam obtineret, si vel ipsius debitoris culpa difficultatem implementi procurasset, *d. l.* 91. *§.* 1. vel ipso promissionis tempore jam adfuisset difficultas præstationis, nec promissor id ignorasset: tunc enim est quod sibi imputet debitor, qui ipse sibi libera sua voluntate talem imposuit necessitatem, arg. *l. si fidejussor* 7. *§.* 1. *in fine ff. qui satisd. cog.* stipulationem enim non facit inutilem difficultas præstationis, *l. stipulationum* 2. *§. ex his* 2. *in fine ff. de verbor. oblig.* & generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet; ne alias dicamus, eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit; ut venuste Venulejus in *l. continus* 137. *§. illud inspiciendum* 4. *ff. de verbor. oblig.*

30. Nonnunquam etiam moræ jam commissæ in universum purgatio fit, puta, novatione principalis debiti, *l. si Stichum* 8. *l. quotiens* 14 *l.* 15. *l. novatione* 18. *ff. de novation. l. parvi refert* 17. *ff. de condict. furtiva*, remissione per eum facta, cui alioquin jus aliquod ex mora adversarii quæsitum aut quærendum est, cum ita suo tantum juri renunciet, quod licitum ex *l. pen. C. de pactis*, *l. de lege* 6. *§. ult. l.* 7. *ff. de lege commissoria*, *l. commissoriæ* 4. *C. de pact. inter emt. & vend.* mora posteriore per eum commissa, cui prius mora facta erat, *l. interdum* 73. *§. ult. l. si servum* 91. *§. sequitur* 3. *ff. de verbor. oblig. l. qui*

decem 72. *ff. de solution. l. semel mora* 26. *ff. soluto matrim. l. illud* 17. *ff. de peric. & commod. rei vend.* Adde *d. tit. de peric. & commodo rei vend. num.* 2. Atque hinc, si dies certus obligationi sit appositus, cum diversis in locis debitor & creditor domicilium foverent, & creditor non venerit ad locum illum, ubi die adjecto solutio facienda erat, verum quidem est, ipsam diei existentiam interpellasse pro creditore secundum ante dicta; sed & verum, per creditorem ad locum solutioni destinatum haud venientem stetisse, quo minus sua die solutio fiat; cui consequens est, ut priorem debitoris moram, ex interpellatione diei inductam, per posteriorem creditoris non venientis moram existimemus purgatam esse. Mynsingerus *cent.* 3. *obser.* 95. *num.* 3. Costalius *ad l.* 9. *ff. h. t. num.* 15.

31. Notandum tamen, non omni in casu moræ purgandæ licentiam moratori tributam esse: nam si protinus a mora commissa nova quædam ei, cui mora facta, nata fuerit obligatio, purgationi locus non est, cum nemini jus semel quæsitum sine suo facto adimendum sit. Qua ratione, sicut res sub lege commissoria fuerit vendita ac tradita, isque ultra diem præfinitum solutionem distulerit, postea offerendo nihil agit, nec auferre venditori potuit emtæ rei per actionem in rem vel in personam revocandæ facultatem, ex primo moræ momento quæsitam, *l. trajectitia* 23. *in fine ff. de oblig. & act.* Adde *tit. de lege commissoria.* Sed & moram in solvendo canone commissam purgari non potuisse ad evitandam commissi pœnam, traditum *in tit. si ager vectigal. emphyt. pet. num.* 36. Simili modo, si quis se certo die daturum facturumve quid promiserit, & si non dederit vel fecerit, se pœnæ nomine certam pecuniæ quantitatem soluturum, deinceps autem in dando vel faciendo moram fecerit, sic illico ad pœnam incipiet obligatus esse, ut nec offerendo postmodum quæ dare vel facere promiserat, invito creditore eandem evitare possit, sed demum si sponte creditor ex vi præcedentis obligationis principalis oblata recipiat, *l. Celsus* 23. *ff. de receptis qui arbitr. receper. l. Trajectitia* 23. *ff. de oblig. & act.* arg. *l. stipulatio ista* 38. *§. alteri* 17. *ff. de verb. oblig. §. ult. Instit. de verb. oblig. §. alteri* 19. *Instit. de inutil. stipulat.* Cujacius *ad l.* 84. *ff. de verb. obligat.* Nec obstat hisce *l. & si post tres* 8. *ff. si qui. caution. in jud. sist. caus. fact.* quippe cujus solutionem dedi in *tit. si quis caut. in jud. &c. n.* 4. Et quamvis Cujacius eam sibi ante placuisse, at non amplius placere scripserit, *ad d. l.* 84. *ff. de verb. oblig.* verendum tamen, ne eam reprobando deteriorem aliam amplexus sit. Quod enim ait in *d. l.* 8. nullam pœnæ promissæ mentionem esse, adeoque tantum ad id quod interest actorem ibi agere potuisse, probandum non est, nam si nulla in casu *d. l.* 8. pœna fuisset apposita, reus nulla indiguisset exceptione adversus actorem, sed ipso jure satis abundeque tutus fuisset, in quantum actori, *cujus jus ex mora deterius factum non erat* secundum verba Jurisconsulti, ne summo quidem jure potuit actio competere ad interesse, cum non interesset, arg. *l. si procuratorem* 8. *§. mandati actio* 6. *ff. mandati.* Ut proinde in *d. l.* 8. præsupponatur pœnæ promissio, adversus quam vero commissam, ac de rigore juris jam debitam, exceptionem prætor ex benignitate indulsit, ubi apparebat, jus actori ex mora illa modica trium quatuorve dierum necdum deterius esse. Denique etiam, si colonus fundum in quinquennium conduxerit, nec locator ei usum præstet, quia tunc lex colono copiam fecit statim totius quinquennii nomine agendi ad id quod interest, quod frui non licuerit, hinc nec locator postea liberabitur, etsi anno secundo ac sequentibus fruendi patientiam colono præstare paratus sit; eo quod sera est patientia fruendi, quæ offertur eo tempore, quo frui colonus, aliis jam rebus conductis forsan illigatus, non potest, *l. si in lege* 24. *§. colonus* 4. *ff. locati.*

TITULUS II.

De Nautico Fœnore.

SUMMARIA.

1. *Quid sit nauticum fænus, quid quasi nauticum, & de periculi pretio ad* l. 3. ff. h. t.
2. *In quo consistat substantia nautici fænoris? quando cesset, & vulgares tantum usuræ debeantur?*
3. *Moribus periculi pretium in materia* assecurationis *legitimis usuris non est coarctatum, nec ullos fines habet. Ubi materia* assecurationis *tractata sit?*
4. *Si mutuum detur magistro vel domino navis sub pignore curiæ*, op Bodemerye, *etiam supra centesimas usuras pacisci licet. Si navis pereat, an in instrumentis & reliquis salvatis talis creditor aliquod jus habeat? Quid juris, si navis culpa nautæ perierit aut publicata sit, aut perierit, dum nauta alio navigat, quum quo iter ab initio destinatum erat?*
5. *Lucrum, quod ex procuratis cambii literis provenit, usurarum vulgarium modo adstrictum non est. Qualis contractus intercedat in cambii literis expediendis? inter quos obligationes oriantur, & quæ actiones? Nulla per literas cambii novatio fit. Si quis ob non solutas cambii literas egerit contra scriptorem literarum, & non obtineat ob inopiam ejus, redire potest ad acceptantem.*
6. *Quibus modis fieri possit, ut literæ cambii effectu careant? cui solutio per cambii literas mandatur, eas vel acceptare vel rejicere potest, nisi ab institore ad præponentem, quem obligare poterat, directæ sint. An acceptatio fieri possit sub conditione? An eo, cui per literas solutio mandatur, eas acceptare recusante, tertius eas acceptare possit ante vel post protestationem? Is, qui eas offert, si non acceptentur, intra triduum protestari debet, ne regressu careat contra scribentem. Quando non noceat, neglectam esse intra triduum protestationem?*
7. *Si, die literarum cambii veniente, acceptans non solvat, intra quantum temporis spatium tunc protestatio facienda sit? An & quando literæ cambii cum protestatione arrestari possint?*
8. *Literæ cambii ante & post acceptationem, re adhuc integra, revocari possunt; nisi quis per eas procurator in rem suam constitutus sit. Ante diem literis cambii expressum solutio non recte fit: & cur? interim ab illis, qui ex cambii literis debitores sunt, cautio exigi potest.*
9. *Si secundus primo scripserit literas cambii, ita, ut fateatur, sibi a primo, tertio, & quarto quan-*

tiatem jam solutam esse, & illa per primum tertio, per tertium quarto data, ac per quartum oblata mandatario non acceptentur, an quartus contra secundum agere per saltum possit?

10. *Cujus loci leges in quæstionibus cambii spectandæ sint? Quæ sint privilegia mensæ cambialis Amstelodamensis?*

1. NAuticum fœnus est, quod ex pecunia vel merce aliave re trajectitia seu transmare vehenda periculo creditoris, penditur atque etiam ex pacto peti potest, *l.* 1. *l. periculi* 5. §. 1. *l. in quibusdam* 7. *ff. h. tit.* & ex rationis parilitate etiam ex pecunia rebusve per loca terrestria, ob incursum hostium aut prædonum periculosa, transvehendis. Quin imo, quasi nautica poterit dici pecunia, & fœnus quasi nauticum, quoties creditor pecuniæ qualiscunque mutuo datæ, utcunque per terras periculosas haud devehendæ, periculum in se recepit in casum, quo conditio aliqua non extiterit, veluti si quis piscatori crediderit in apparatum piscationis, aut athletæ unde se exhiberet exerceretque, ea lege, ut ille, *si cepisset*, hic, *si vicisset*, redderet, una cum periculi pretio seu additamento; contra nihil redderet, *si ille* nihil cepisset, *hic* ab adversario in certamine superatus esset. Quibus similia sunt, si tibi centum dederim, ut, *si manumittas, si non illud facias*, puta, si non Romam eas, *si non tua cura convaluero*, oculis forte aut pedibus laborans, *reddas* cum usuris centesimis; alioquin in casus contrarios nihil restituas, si modo id unum caveatur, ut tales ineantur *conventiones, quæ in alea* (vetitæ scilicet) *speciem non cadunt*, adeoque tales, *ex quibus condictiones* (ita legendum, non *conditiones*) *nasci solent*, id est, actiones in personam efficaces ad persequenda ea, quæ convenerunt: quales actiones efficaces haud competunt, quoties negotium tale gestum est, quod in aleæ vetitæ speciem cadit, secundum ea, quæ *ad tit. de aleatoribus* dicta sunt. Nisi forte magis placeat, ad aleam vetitam referri verba illa, *veluti ea, ex quibus condictiones nasci solent*, ut sensus sit, conventionem valere, *si in alea* (puta vetitæ) *speciem non cadat*, adeoque non contineat ea, *ex quibus condictiones*, id est repetitiones amissorum, *nasci solent*; dum aliunde constat, id, quod in alea amissum est, tanquam ex injusta causa penes victorem existens, condici posse, *l.* 1. *C. de aleator.* Eo fere modo, quo & a Gajo scriptum, *quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa, aut ex injusta causa retineri, ex quibus causis conditio nasci solet, l. quia quod* 6. *ff. de donat. inter vir. & uxorem.* Atque hunc puto sensum esse *d. l.* 5. *ff. h. t.* Confer Cujacium *lib.* 9. *observ.* 29.

2. Substantia itaque fœnoris nautici in eo consistit, quod pecunia credita non debitoris seu mutuatarii, ut vulgo, sed creditoris seu mutuantis periculo sit; propter quod periculum licet olim nullus fœnori nautico terminus præscriptus fuerit, indeque in infinitum ex conventione partium extendi potuerit quantitas ejus, teste Paulo *recept. sent. lib.* 2. *tit.* 14. §. 3. jure tamen novo ad centesimas restrictum est, *l. eos qui* 26. *C. de usuris*, ac jure novissimo confirmatum *per novell.* 110. abrogata *nov.* 106. quæ centesimas excedi permiserat. Et quia usura hæc gravissima periculi pretium est, hinc cessante periculo seu ad creditorem non pertinente, redit illico usurarum communium seu vulgarium observatio; quod fit, si vel id ab initio actum sit, ut debitoris ipsius periculo pecunia naviget, vel cum ab initio periculo creditoris transvehenda esset, ad portum seu locum destinatum delata sit, aut dies vel conditio extiterit, ad quam usque ex conventione periculum debebat creditoris esse, *l. nihil interest* 4. *ff. h. t. l.* 1. 2. 4. *C. h. t.* Sciendum tamen, ita demum trajectitiæ pecuniæ aut mercium periculum ad creditorem pertinere ex conventione, si non dolo aut culpa ipsius debitoris intereat: „ nam „ si propter vitium debitoris, nec loco quidem navigii servato, illicitis comparatis mercibus, quas navis continebat, fiscus occupaverit; amissarum mercium detrimentum, quod non ex marinæ tempestatis discrimine, sed ex præcipiti avaritia & incivili debitoris audacia, accidisse asseveratur, adscribi creditori juris publici ratio non permittit“, ut rescriptum est in *l. pen. C. h. t.*

3. Ceterum nostris & gentium plerarumque navigationi studentium moribus circa periculi pretium rursus jus vetus Romanum reductum fuit, cujus superius ex Pauli *receptis sententiis* mentio facta, quod nempe trajectitia pecunia ac merces propter periculum creditoris infinitas usuras, centesimis haud coarctatas, recipere possit, ac quantitatis cujuscunque obligatio subsitat, quæ pro magnitudine periculi in conventionem deducta est per contractum *assecurationis* vulgo dictum, quo id agitur, ut merces & alia assecurata navigent periculo non domini, sed assecuratoris, pro periculo suscepto pretium recipientis. De hoc vero assecurationis contractu universa huc transcribere, quæ circa modum assecurationis, personas assecurare valentes aut prohibitas, res assecurandas vel assecurationem respuentes, rerum assecurandarum æstimationem, conservationem, impensas, cessionem, seu abdicationem, periculum, præmium assecurationis seu periculi pretium ac solutionem ejus, observanda veniant, consultum non censui. Videri ista possunt enarrata prolixe satis & accurate variarum regionum legibus superiori & hoc seculo conditis; ac in plerisque consensum, in paucis, iisque levioribus tantum dissensum continentibus, præcipue, *edicto nautico Philippi Hisp. Regis ann.* 1563. *cap. ult.* & *edicto peculiari de assecurationibus ann.* 1570. *municipali Medioburgensium an.* 1600. *Roterodamensium anni* 1604. *Amstelodamensium an.* 1612. quæ omnia simul juncta in *vol.* 1. *placitor. Holl. a pag.* 820. *ad pag.* 876. ac tandem novissime, pariterque plenissime, *edicto Ludovici XIV. Galliorum Regis, ann.* 1681. in libello cui titulus, *ordonnance de Louis XIV: touchant la marine, livr.* 3. *t.* 6. Quibus addendus Petri de Santerna Lusitani & Beneventi Stracchæ de *assecurationibus liber*. Notandumque insuper, rerum hostilium, aut ad portus hostiles vehendarum, assecurationem, tam eam, quæ directo, quam quæ fraudulentis machinationibus fit, interdictam esse sub pœna publicationis nummorum, assecuratione contentorum. *Declaratie van oorloch tegen Vrankryck* 9. *Martii* 1689. *art.* 13. *vol.* 4. *placit. Holl. pag.* 201.

4. Simili modo neque vulgaribus neque centesimis usuris restrictum est ex moribus hodiernis mutuum illud, quod creditor sub pignore carinæ dat vel ad certum tempus, vel quamdiu navis salva est, ea lege, ut ex quotidiano quæstu ejus graviores pro ratione periculi præstentur usuræ, ac carina pereunte sors

tota creditori pereat, adeoque navis naviget periculo creditoris, qualis mutui species appellatur nostratibus *contract. van bodemerije*, Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 11. Groenewegen *ad l.* 26. *C. de usuris n.* 3. Roseboom *costumen van Amsterdam cap.* 52. Qua conventione posita, si navis pereat, sed instrumenta navis ac funes aut ipsius carinæ reliquiæ salventur, ne in hisce quidem salvatis ullum creditori jus aut pro sorte aut pro usuris superesse, sed salvata illa sine ullo crediti onere ad navis exercitores pertinere, aliquoties responsum in Hollandia & judicatum apparet ex Responsis Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 111. *& consil.* 124. idque ex eo fundamento, quod nulla ad restitutionem sortis aut graviorum usurarum obligatio nascatur in casu, quo in certum tempus mutuum sub pignore carinæ contractum est, quam si navis salva sit; quia ex illa conditione suspensa ad restitutionem obligatio deficere censenda est deficiente conditione, *l. fænerator* 6. *ff. h. t.* Sed vix est, ut hanc opinionem probaveris, quamdiu eam usu constante firmatam esse doceri nequit. Quod enim ajunt, nave non salva non nasci principalem debiti obligationem, quæ sub conditione navis salvæ contracta est, adeoque nec pignoris accessoriam obligationem consistere aut nasci posse, expeditum quidem ac certum est: at ubi & funes & instrumenta alia navis & ipsius carinæ reliquiæ ex naufragio subductæ atque collectæ, dominis suis salvæ sunt, ibi navem, quæ cum instrumentis obligata fuerat, salvam non esse, gratis assumitur. Quin potius, cum in suis partibus salva sit, etiam usque ad vires æstimationis istarum partium obligationem nasci, recte dixeris. Nam &, cum de contributione propter jactum quæstio est, responsum fuit, jactum demum *nave salva in tributum venire*, *l. navis onustæ* 4. *pr. ff. ad leg. Rhod. de jactu*, & tamen navis tunc quoque salva credita fuit, ad obligationem contributionis inducendam, cum jactu facto navis alio in loco submersa fuit, & aliquorum mercatorum merces per urinatores deinde extractæ sunt, *d. l.* 4. §. 1. *ff. ad leg. Rhod. de jactu*. Uti ergo ibi pars quædam mercium post naufragium salvata nasci facit obligationem contributionis, quasi nave salva, ita ratio non est, cur non in nostro quoque casu ex collectis navis ac instrumentorum reliquiis, quasi nave hactenus salva, tueamur nativitatem obligationis. Plane, si tota navis cum instrumentis non casu sed manifesta mutuatarii culpa pereat, dum forte ob merces illicitas ei impositas publicatur, damnum illud mutuatarium magis quam mutuantem onerare, dubium non est; in quantum mutuanti saltem actio in factum in id quod interest adversus mutuatarium in culpa positum danda foret, arg. *l. pen. C. h. t.* Christinæus *vol.* 3. *dec.* 47. *num.* 5. 6. Idemque dicendum, si magister navis iter suum consulto aliorsum instituat, atque ita ad alia loca navigans naufragium passus sit: argumento eorum, quæ de assecuratione cauta sunt, periculum scilicet mercium ad assecuratorem non spectare, si nauta consulto portum alium aut aliam regionem petat, quam quæ assecurationis instrumento inserta fuit, *edicto Philippi Regis de assecuratione an.* 1670. *art.* 14. *Lege Amstelod. de assecurat. art.* 7. *Roterodamensi*, *art.* 11. *Medioburgensi art.* 14. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 110. An autem, & quando, magister, cui cura navis demandata est, hac ratione mutuum accipere possit *op bodemerije*, dictum *tit. de exercit. act. n.* 3.

5. Denique, cum hodie minus frequens sit pecuniæ ipsius numeratæ de regione in regionem translatio, seu ejus vice frequentari cœperint literæ *cambii* vulgo dictæ, quibus præcipue mandatur, ut pecuniæ uno in loco numeratæ, aut numerandæ, alio in loco per alios adnumerentur, notandum est, illud quoque lucrum, quod ex tali nummorum alio in loco solvendorum procuratione captatur, ordinario fini usurarum legitimarum non esse inclusum, sed vulgatis majores posse symbola collybistica comprehendi. Quod ut intelligatur, paulo latius cambiorum seu literarum cambii natura explicanda est: ac primo quidem sciendum, quemadmodum non uno sed duobus imo tribus contractibus ad minimum intervenientibus delegatio peragitur, idque inter plures quam duas personas, dum delegans mandat debitori suo, ut is solvat, & creditori suo vel alteri, ut acceptet a debitore solvenda, & deinceps is, cui solvendum, stipulatur a debitore delegantis, ut sibi debeat in posterum ac solvat quæ hactenus deleganti debuit, ita quoque non una sed multiplicata conventione & plurium personarum interventu opus esse, ut negotium cambiale suis circumstantiis plenissime quasi vestitum absolvatur. Est enim primo quasi loco is, qui numerat in antecessum vel postea numeraturus est quantitatem alibi solvendam; est secundo is, cui numeratur, quique per literas cambii solutionem alii faciendam mandat; est & tertio mandatarius, per quem pecunia alibi est ex mandato numeranda; est denique, cui ex mandato solutionem fieri oportet. Primus verbi gratia agit cum secundo datis aut promissis mille aureis cum quodam lucri additamento, ut is per tertium Romæ degentem quarto peregrinanti Romam venturo numeret ista mille, datis eum in finem mandati literis, ad quartum mittendis, ac per eum tertio offerendis, ut is solutionem sibi a secundo mandatam in se recipiat, seu literas cambii subscriptione acceptet, ac sua die adimpleat mandatum solutionis; quo mandato per tertium suscepto, quartus ille ex pacto quodam constituti de solvendo, acceptationi seu susceptioni mandati incluso (& ad agendum ita efficace, ut & per civilem custodiam, *by gyselinge*, acceptans ad solutionem cogi possit ex consuetudine Amstelodamensi, apud Roseboom *cap.* 50. *art.* 13. *&* 30.) adversus tertium habet actionem in personam, ad obtinendam solutionem sibi promissam: tertius rursus actionem mandati contrariam adversus secundum mandantem, postquam solvit; nisi mandatis debitor esset, quo casu liberatio magis ei contingeret ad summam concurrentem: secundus denique primum ad cujus desiderium literas cambii dedit, vel ex mandato vel ex contractu innominato obligatum habet, quoties primus eo tempore, quo cambii literæ conscribebantur, comprehensam iis quantitatem secundo non repræsentavit una cum lucro in conventionem deducto. Non tamen ulla in toto hoc negotio novatio contingit, uti quidem accidit in delegatione, sed utcunque quartum tertium incepit sibi ex literarum cambii acceptatione devinctum habere, tamen & secundus, si forte per repræsentationem nummos jam accepit in antecessum, ad restitutionem & id quod interest obstrictus manet, positis ponendis (de quibus post) si tertius promissioni non stet, at-

que ita conventio cambialis implementum non habeat, Roseboom *Costuymen van Amsterd. tit.* 50. *art.* 3. Rotæ Genuæ *decis.* 2. adeo ut is, qui prius mandantem solum sibi devinctum habebat, deinceps & ipsum & mandatarium sibi obligatum teneat, neuterque nisi solutione per alterutrum impleta liberetur. Hinc si, mandatario post acceptationem literarum cambii non solvente, is, cui vel in cujus gratiam solutio facienda erat, convenire jam cœperit mandantem seu scriptorem literarum, nec quicquam ab eo aut non solidum ob inopiam consecutus sit, redire iterum potest ad mandatarium refractarium, eumque ex pacto tacito de solvendo (quod acceptationi inclusum dixi) cogere, ut solutionem adimpleat, quatenus ea per mandantem facta non est, Rosoboom *Costuymen van Amsterdam cap.* 50. *art.* 9. van. Antwerpen *tit.* 55. *art.* 4. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 12. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 163. Imo, usque adeo electio datur ei, qui cambii litteras tenet, utrum mandantem, an acceptantem & sua die non solventem, convenire malit, ut is, quem elegit, nullo possit ordinis beneficio uti, ac desiderare, ut aliter prius excutiatur, Neostadius *d. decis. supr. Curiæ* 12.

6. Qua occasione considerandum ulterius, contractum cambialem posse effectu destitui vel ex eo, quod is, cui per cambii literas solutio injuncta fuit, easdem acceptare atque ita mandatum suscipere noluit; vel ex eo, quod post acceptationem, die solutionis veniente, in mora solvendi est, vel ex eo, quod mandatum de solvendo per literas cambii interpositum, deinceps per mandantem aut eum, ad cujus rogationem mandaverat, revocatum fuit. Quid in singulis obtineat casibus, enarrare operæ pretium erit. Acceptationem quod attinet, uti ex natura mandati liberum cuique est mandatum suscipere vel non suscipere, *l. filiusfamilias* 8. §. *invitus* 1. *ff. de procurat. l. sicut initio* 5. *C. de oblig. & act. l. invitus* 17. *C. de procurat.* arg. *l. de curatore* 2. §. *quæritur* 3. *ff. de curatore bonis dando*, ita quoque is, ad quem literæ cambii datæ, invitus compelli nequit, ut eas sibi oblatas acceptet ac solutionem promittat, nisi ad mercatorem directæ sint ab institore ejus, per quem obligari poterat, ac contineant pecuniam, quam institor mutuam acceperat in usum præponentis, arg. *l. cuicunque* 5. §. *non tamen* 11. 12. & 13. *ff. de instit. act.* Consuet. Antwerpiens. *tit.* 55. *art.* 1. Roseboom *costuymen van Amsterdam cap.* 50. *art.* 1. Hugo Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 4. Et quamvis invito eo, cui solvendum, acceptatio ex conditione quadam suspendi nequeat, quin tamen eo consentiente possit, dubitandum haud videtur; adeo ut tunc nulla in acceptantem actio nata intelligatur, quamdiu conditio impleta non est, secundum propriam naturam obligationum ex conditione suspensarum, §. *sub conditione* 4. *Instit. de verb. oblig.* Respons. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 59. Interim mandatario mandati susceptionem declinante, liberum cuivis extraneo est, easdem acceptare, quo ipso is, qui id fecerit, intelligetur negotiorum gestor illius, qui literis cambii mandaverat solutionem, arg. *l. solvendo* 39. *de negot. gestis, pr. Instit. quib. mod. tollitur obligatio*, sive propter literas cambii non acceptatas per eum, ad quem datæ, is, cui solutio facienda erat, jam protestatus sit, sive non, cum in casu necdum factæ protestationis extraneus acceptans ac solvens petere possit, sibi actiones cedi adversus pecuniæ cambialis debitorem ad indemnitatem; protestatione vero jam interposita, etiam desiderare, sibi ipsas tradi literas cambii cum protestatione, ad obtinendam indemnitatis præstationem, Consuet. Antwerp. *tit.* 54. *art.* 5. Roseboom *consuet. Amstel. cap.* 50. *art.* 10. 11. Grotius *d. libr.* 3. *cap.* 13. *num.* 3. Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 15. *num.* 9. Observandum enim, toties quoties mandatarius cambii literas acceptare recusat, necessitatem ei, cui nummi ex mandato fuissent solvendi, ex consuetudine impositam esse, ut intra triduum a denegata acceptatione protestetur de damnis & eo quod interest, atque ita literas cambii cum protestatione remittat quantocius ad mandantem; ne alioquin, neglectis hisce, regressu careat adversus eum qui mandaverat solutionem, & cui nummi, literis cambii comprehensi, jam in antecessum numerati sunt, Costuymen van Antwerpen *tit.* 55. *art.* 8. & *ult.* Roseboom *Costuymen van Amsterd. tit.* 50. *art.* 4. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 199. nisi ejus, qui literas cambii dedit, non intersit, protestationem intra triduum factam esse dum ipse non est creditor illius, cui per cambii literas mandaverat solutionem, sed ex acceptato & impleto solutionis mandato ipsi fuisset mandato obligandus: tunc enim & post tridui lapsum protestatione interposita reddi oportere per mandantem seu literarum scriptorem nummos, quos accepit, & symbolam, cum eo quod interest a tempore protestationis, responsum fuit a celeberrimis mercatoribus inter Responsa Juriscons. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 59. ne alias cum alterius jactura locupletetur sine causa.

7. Quod si literæ cambii mature oblatæ ac per mandatarium, ad quem datæ (vel etiam rationarium ejus, ut habet Roseboom *d. cap.* 50. *art.* 2.) acceptatæ sint, atque ita ille exhibenti sese obligaverit, deinde autem veniente solutionis die in mora solvendi sit, similis protestationis interponendæ ac cum literis cambii ad mandantem remittendæ necessitas incumbit ei, cui solutio facienda erat; ni malit jure seu regressu suo adversus mandantem excidere, eo modo, quo id jam traditum de casu, quo ipsa acceptatio denegatur: ut tamen hic non ita rigide protestatio triduo adstricta sit, sed intra octo aut decem dies, apud Antwerpienses intra quatuordecim, eam fieri sufficiat, nisi is, qui acceptavit, non differat, sed aperte deneget solutionem, aut foro cedat, aut latitet; tunc enim triduum omnino observandum foret, Roseboom *Costumen van Amsterdam cap.* 50. *art.* 5. 6. & 29. Costuymen van Antwerpen *t.* 55. *art.* 9. Ne vero remora quædam huic literarum remissioni ad mandantem ob denegatam acceptationem aut solutionem injiciatur, atque ita turbentur, quæ paratissima esse debent, cambiorum jura, vetitum, ne cambii literæ aut protestatio sistantur seu arrestentur; nisi is, qui eas acceptaverat, ac in mora solvendi fuerat, easdem ipse sistat, ac probet, quantitatem iis comprehensam jam in rationes ejus, cui numeranda erat ab argentariis apud mensam publicam transcriptam esse, Roseboom *d. cap.* 50. *art.* 22. 23. 24. 27.

8. Ceterum uti vulgo, ita quoque hic, mandatum solutionis, literis cambii comprehensum, per mandantem vel eum, qui mandanti nummos literis compre-

hensos alibique numerandos, numeravit aut numeraturus est, revocari potest, non tantum ante earundem acceptationem, sed & post, si modo res integra sit, seu solutio necdum secuta; nisi is, cui solutio facienda erat, ex mandato procurator in rem suam constitutus fuerit, dum quantitas cambii literis comprehensa, ei ab illo qui cambii literas scripserat aut procuraverat debita erat. Consuet. Antwerp. *t.* 55. *art.* 7. Neostadius *curia Holl. decis.* 38. Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 13. *n.* 10. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 230. & *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 140. Quæ & ratio est, quod mandatarius solutionis solvere nequeat ante tempus literis cambii insertum, ne in damno hæreat, si forte is, cui maturius solutum, foro cesserit ante diem solutioni destinatum, & ob id mandans suum mandatum literis comprehensum, censuerit revocandum esse, Antwerpienses *d. t.* 55. *art.* 6. Roseboom *consuet. Amstel. d. t.* 50. *art.* 12. Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 13. *n.* 8. Dilata autem solutione in tempus certum, cambii literis expressum, jure is, cui solvendum, cautionem interim exegerit ab acceptante, ubi eum facultatibus labi suspicio est. Sed & is, qui literas cambii procuravit ac mandanti nummos repræsentavit, similem a mandante cautionem desiderare potest. Consuet. Antwerp. *t.* 55. *art.* 2. Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 45. *num.* 11.

9. Accidit autem aliquando, ut plures simul literis cambii exprimantur, tanquam tales, qui quantitatem iis comprehensam mandanti seu scriptori jam solverunt; veluti in hac facti specie: primus Amstelodami agit cum secundo, sibi literas cambii dari, ex quibus ipsi primo solvantur mille Francofurti; sed cum primus tertio, tertius quarto, quartus quinto, obligati essent ad literas similes ejusdem quantitatis Francofurti solvendæ dandas; agit primus ulterius cum secundo, ut is repræsentatam sibi a primo pecuniam fateatur sibi etiam a tertio, a quarto & quinto numeratam esse, atque ita literæ cambii per secundum primo datæ, ac per plures manus tertii, quarti ac quinti ambulantes tandem a quinto offeruntur ei, ad quem datæ, ut is eas acceptet. Si ergo ille acceptationem facere recuset, & ob id protestatio ex more intercesserit, quæsitum fuit, an quinto liceat per saltum agere adversus secundum, qui literas cambii scripsit & solutionem mandavit, an vero, quasi cum nemine præterquam cum quarto contraxisset, quartum convenire debeat, quartus tertium, tertius primum, & tandem primus secundum? Per saltum quinto adversus secundum actionem competere, præteritis reliquis, variis rebus in Hollandia judicatis confirmavit auctor consilii inter Respons. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 33. Et merito, cum utique secundus ex numeratione sibi facta obligatus esse cœperit omnibus illis a quibus sibi numeratum esse confessus est. Ne dicam, primum actionem suam quodammodo cessisse tertio, tertium quarto, quartum quinto; actione autem principali cessa, ad obtinendam scilicet Francofurti solutionem, actiones quoque accessorias, licet postea demum cedenti acquirerentur, adeoque etiam actionem ex denegata solutione & subsecuta protestatione primo natam, in quintum translatam fuisse, ac per eum posse moveri, patet ex *l. emtori* 6. *ff. de hered. vel act. vend.*

10. Quia vero in quibusdam circa cambiorum jura variant leges ac consuetudines variarum regionum, notandum est, in decidendis circa hæc controversiis spectandas esse leges loci illius, ad quem literæ cambii destinatæ, & in quo vel acceptatæ sunt, vel acceptari debuerunt, non item loci unde missæ; cum illic contractus intelligatur celebratus, ubi implementum ejus destinatum est, *l. contraxisse* 21. *ff. de oblig. & act. l. aut ubi quisque* 3. *ff. de reb. auctorit. jud. possid. l. exigere* 65. *ff. de judiciis.* Quæ porro mensæ cambialis Amstelodamensis jura ac prærogativæ sint, qua ratione nummi apud mensam illam depositi arresto gravari nequeant, & quæ sint alia hujus generis, videri potest apud Roseboom *consuet. Amstelod. cap.* 50. *num.* 14. *& multis seqq.*

TITULUS III.

De Probationibus & Præsumtionibus.

SUMMARIA.

1. *Quid sit probatio? Quid argumenta artificialia seu insita, & inartificialia seu assumta?*
2. *Probatio vel ordinaria est vel extraordinaria; ad extraordinariam etiam pertinet ocularis inspectio.*
3. *Est & vel plena vel minus plena. Quid si utraque? multum ab arbitrio judicis dependet, quousque probatio fidem faciat.*
4. *An, & quousque, fama ac rumores fidem faciant?*
5. *An fuga semiplene probet?*
6. *De probatione seu purgatione vulgari per ferrum candens, duellum &c.*
7. *De assertione vulnerati vulnerantem excusantis aut accusantis, de inscriptionibus et titulis et signis rei impositis, de unius testis depositione. Omnes probationes plena fieri possunt minus plena.*
8. *Probanda facta dubia, non notoria. Quid sit notorium? Quando jura probanda sint?*
9. *Probat actor; sæpe reus, quoties graviores contra eum militant præsumtiones, vel ipse offert probationem.*
10. *An, et quando is, qui negat, onere probandi gravetur?*
11. *Probare tenetur qui non possidet.*
12. *Probandum intra tempora a judice vel lege præfinita. An illa tempora sint continua? An ante litem contestatam probari possit? An operetur aliquid productio instrumenti facta ante litem contestatam. De testibus examinandis ante litem contestatam, si mortis aut absentiæ metus immineat.*
13. *Non etiam recte fit probatio post conclusionem in causa. Quid juris, si ex uno latere tantum in causa conclusum sit? An post conclusionem in causa produci possit authenticum, cujus exemplum ante productum fuerat? An mediante restitutione post conclusionem in causa probatio nova fieri possit? An judex ex officio novam probationem injungere?*
14. *Quid sit præsumtio? Quotuplex? Quid sit præsumtio hominis, & quam vim habeat?*
15. *Quid sit præsumtio juris? Exempla ejus. Qui tertii sint de his? Præsumtio juris levior pellitur per præsumtionem contrariam graviorem; quod exemplis docetur.*
16. *Quid sit præsumtio juris & de jure, & quæ exempla ejus.*

17. *Præsumtiones plerumque desumuntur ex eo, quod frequenter accidit, quandoque tamen etiam ex eo, quod raro contingit.*
18. *An ex præsumtionibus juris sententia ferri possit, & reus condemnari in civilibus & criminalibus causis?*
19. *Quid sint fictiones juris, & in quo distent a præsumtionibus?*
20. *Quid sit simulatio, & in quo distet a fictione juris?*

1. CUm in judiciis paria sint, aliquid non esse, et non apparere, ac multi in lite succumbant, quibus non jus sed probatio deficit, arg. *l. duo sunt Titii* 3o. *ff. de testam. tut. leg. in re* 3. *ff. de fide instrum.* non mirum, si litigantium unusquisque omnes intendat vires ad conquirenda undequaque, quæ ad suæ causæ adstructionem conducere persuasus est. Probationem cum Cujacio *in paratil. C. h. t.* non male definiveris *intentionis suæ legitimam fidem*; seu actum quo rei dubiæ per argumenta fides sit. Qualia argumenta secundum Rhetores atque Dialecticos vel artificialia sunt, vel inartificialia. Artificialia dixerunt, quæ ex causa ipsa quodammodo trahuntur ac gignuntur, adeoque industria et arte ex ipsius negotii qualitatibus atque circumstantiis eruuntur; inde etiam a Cicerone *insita* appellata; veluti si quis a causa, vel ab effectu, vel ab alio quo loco dialectico, suas deduxerit pro litis justitia rationes. Inartificialia sunt, quæ extrinsecus ad fidem faciendam adhibentur, adeoque quæ extra dicendi rationem accipit causarum Orator, ob id *assumta* a Cicerone dicta: cujus generis non modo tabulas et testes, sed et jusjurandum et præjudicia, et quæstiones esse, in iisdem maximam contentionum forensium partem consistere, Quintilianus auctor est, *instit. orator. lib.* 5. *cap.* 1. Sciendum tamen, omnia fere argumenta artificialia inniti inartificialibus; in quantum circumstantiæ ac qualitates negotii, ex quibus artificialia colliguntur atque formantur, per testes aut tabulas aliaque similia probandæ sunt. Qua ratione, si quis virginem esse neget, quia peperit; hominem a se Carthagini Calendis Aprilibus occisum inficietur, quia toto eo die alibi fuit; corruet omnis argumenti vis, nisi partus editio atque absentia a loco cædis aliunde doceatur. Idemque de ceteris judicium esto.

2. Dividitur quoque probatio, quod alia sit ordinaria, quæ scilicet per instrumenta aut testes fit, alia extraordinaria, ad quam jusjurandum nec non adversarii confessio pertinet, sive sponte emissa, sive per quæstiones extorta: unde & Jurisconsultus, agnoscens satis, has duas species ad probationem ordinariam ac proprie dictam haud posse referri, de jurejurando dixit, *perinde haberi id quod juratum est, atque si probatum esset, l. sed si possessori* 11. *§. si, cum de* 3. *ff. de jurejurando*, ac de confessione, *confessum pro judicato esse, l.* 1. *l.* 3. *l.* 5. *pr. & §.* 2. *ff. de confessis*. Ceterum de jurejurando actum satis in *tit. de jurejurando*; de confessione pluribus ex professo *ad tit. de confessis*, & *ad tit. de quæstionibus* tractandum erit. Sed & ad hanc extraordinariam probationem forte non perperam retuleris ocularem judicis inspectionem, de qua quædam tradita *in tit. finium regund. num.* 9. ac latius tractat Joh. Andr. Dorusperger *syntagmate juris de probat. libr.* 1. *cap.* 2. & 3. Rutgerus Bolant. *de commissariis & commission. part.* 2. *l.* 3. Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 29. *num.* 27. 28.

3. Est insuper probatio secundum interpretes alia plena, alia minus plena. Plenam dicunt, quæ sufficientem gestorum fidem facit sic, ut judex per eam abunde instruatur ad sententiam ferendam. Minus plenam, quæ sola non satis instruit judicem, ut ad definitivam possit sententiam procedere, sive in se spectata debilior sit, sive per se satis firma, per alia in contrarium adducta labefactetur; quo fit, ut dubium incertumque relinquat animum ejus, ac in criminalibus quidem ad quæstionum adhibitionem subinde impellat, in civilibus vero ad jurisjurandi delationem, actori faciendam vel reo pro circumstantiarum varietate, secundum ea quæ pluribus *tit. de jurejurando n.* 27. *& seqq.* dicta sunt. Neque dubium, quin probationum minus plenarum aliæ magis, aliæ minus judicem movere valeant, atque adeo vel leviorem gignere in mente ejus suspicionem, vel præsumtionem graviorem; unde nec certis juris præceptis tradi satis apte potest, quantam probatio cuique rei adhibita judici fidem faciat: *quæ argumenta* (inquit Imp. Hadrianus in suo ad Valerium Verum rescripto) *ad quem modum probanda cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest: sicut non semper, ita sæpe, sine publicis monumentis cujusque rei veritas deprehenditur: alias numerus testium, alias dignitas & auctoritas, alias veluti consentiens fama, confirmat rei, de qua quæritur, fidem. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te æstimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opineris, l. testium fides* 3. *§. ejusdem.* 2. *ff. de testibus*.

4. Illud constat, famam publicam rumoresque dispersos per se neque plene, neque semiplene (ut loquuntur) probare, sed tantum indicium aliquod facere, ad quod judex in criminalibus ulteriorem instituat veritatis indagationem, atque etiam circa tutores fama publica suspectos inquirat eosque removeat, si ex apertissimis rerum argumentis ei liqueat, tutorem suspectum esse, arg. *l. tutor quoque* 3. *§. præterea* 4. *ff. de suspect. tut. l. congruit* 13. *ff. de offic. præsidis*. Sed & probationes alias a fama publica concurrente adjuvari atque confirmari, habet *d. l.* 3. *§.* 2. *ff. de testibus*. De cetero fama tam ficti pravique tenax, quam veri nuncia; unde & Quintilianus *lib.* 5. *institut. orator. cap.* 3. scripsit: *famam atque rumores pars altera consensum civitatis & velut publicum testimonium vocat; altera sermonem sine ullo certo auctore dispersum, cui malignitas initium dederit, incrementum credulitas; quod nulli non innocentissimo possit accidere fraude inimicorum falsa vulgantium.* Cui consequens est, arbitrio judicis providi committendum esse, quo usque famæ credendum sit; licet hoc judicis arbitrium interpretes varie restrictum velint, ut patet ex iis quæ scripsit Thomas de Piperata, *in tractatu de fama*, qui est *in tractatu tractatuum tom.* 11. *part.* 1. *pag.* 8. Mascardus *de probationib. conclus.* 749. *& seqq. ad conclus.* 756. ad verbum *fama*. Joh. Andreas Dorusperger *syntagm. juris de probat. libr.* 1. *cap.* 40. Menochius *de præsumtion. libr.* 1. *quæst.* 1. *num.* 39. *& seqq. & quæst.* 89. *num.* 28. *& seqq.*

5. Fuga quoque, licet aliquam generet suspicionem

adversus fugientem, non tamen plenam, imo ne semiplenam quidem probationem habet. Esto enim, quod reus *per fugam sui pene accusator existat*, ut ait Imp. in *novell.* 53. *cap. si vero semel* 4. non tamen inde nocens dicendus est; cum non accusatio, sed convictio atque probatio, nocentem faciat; atque insuper a metaphoricis ac hyperbolicis novellarum, stilo luxurantium, locutionibus perperam argumenta petantur. Nec adversatur *l. impuberibus* 7. §. *praterea* 2. *ff. de suspect. tut.* Non enim ibi fuga, vel potius latitatio tutoris, plenam aut semiplenam delicti alterius probationem continet, sed magis constituit ipsum illud delictum, propter quod tutor patitur missionem in possessionem rerum suarum, ac tanquam suspectus removetur; uti id ex *d. l.* 7. §. 3. apertum est. Quadratque hæc eadem responsio etiam in legem *si in libertinum* 28. §. 1. juncto *princ. ff. de bonis libertorum.* Licet enim prima specie illic hi, qui fugerint, nocentibus atque damnatis aut conscientia sceleris metuque accusationis mortem sibi consciscentibus assimilati, ac æqualiter publicationem bonorum patientes, pro confessis atque convictis ex fuga habendi videantur: non tamen ita est: sed potius ipsa fuga est delictum illud, propter quod publicatio bonorum imponitur; eo quod ex juris Romani principiis rei criminum absentes & latitantes requirendi erant, ac citandi, ut se sisterent, atque interim bona eorum adnotabantur, ut, si ultra annum distulissent sui copiam facere, bona adnotata in fiscum redigerentur; non in pœnam delicti, cujus insimulati erant, sed in pœnam contumaciæ, quod requisiti & edictis vocati spreverant judicem vocantem; adeo ut post annum sese sistentes ad innocentiæ quidem demonstrationem admittendi essent, quo evitarent graviores delicto pœnas a lege propositas, sed bona ob contumaciam publicata haud recuperarent, *l.* 1. *l. annus* 4. *& tot. tit. ff. de requirendis reis vel absent. damnandis*, *l. quicunque* 2. *C. eod. tit.* denique nec quicquam facit, quod in *l. consiliarios* 3. *C. de assessoribus*, fugientes videantur pro confessis habendi. Etenim ibi quoque fuga seu profectio præmatura crimen constituit in personis illis, de quibus ibi sermo est; quatenus judices civiles & militares post administrationem depositam quinquaginta dies in civitatibus vel certis locis, ubi administrarunt, remanere debent, alioquin graviter, etiam tanquam rei majestatis læsæ puniendi, *l. unic. C. ut omnes judic. tam civ. quam milit. post administr.* inter quas pœnas & illa in *d. l.* 3. proponitur, quod judex qui accusatus consiliarios & domesticos suos (ex quibus veritatis inquisitio fieri poterat) subtraxit, seu curavit abesse, pro confesso habeatur, ac ut talis condemnari debeat. Plura de fuga, & inde nata præsumtione vel graviore vel leviore, inde apud Menochium *de præsumt. l.* 1. *qu.* 89. *n.* 36. *& seqq.* Mascardum *de probationib. concl.* 820. 821. 822. 823. ad verbum *fuga*. Jacob. Coren *consil.*

6. Longe minus plene vel semiplene fidem faciunt probationes illæ, quæ *canonicis* probationibus seu purgationibus in jure Canonico oppositæ, *vulgares* dictæ sunt: certum quippe nullum in jure naturæ aut ratione fundamentum habentes, sed vulgi opinioni erronea ac corruptela inductæ, seculis mediis barbarie laborantibus invaluerunt; veluti, quæ per flammam, ferrum candens, aquam frigidam aut ferventem, sacram hostiam, duellum, & similia fiebant: quarumque descriptiones & exempla videri possunt apud Rittershusium *in partitionib. feudalibus l.* 2. *cap.* 10. *n.* 17. *& multis seqq.* Petrum Gregorium Tholosanum *in syntagm. juris civilis libr.* 48. *c.* 15. *&* 16. Guidonem Papæ *decis.* 597. *& seqq.*

7. Quantam porro fidem faciat assertio vulnerati vulnerantem excusantis aut culpantis, dicetur *in tit. de Senatuscons. Silan. & Claudiano.* Quo usque probent inscriptiones & tituli & signa rebus imposita, vide apud Dominum Ant. Matthæum *de probationibus c.* 2. *num.* 40. *& seqq.* Quid operetur unius testis depositio, ex parte jam traditum *in tit. de jurejurando n.* 26. ac ulterius in *tit. de testibus* explicandum erit. Quæ confessionis extrajudicialis sit auctoritas ad probandum, videri licet in *tit. de confessis.* Longum esset singulas enarrare probationum minus plenarum species; maxime si consideres, etiam omnes illas, quæ in se spectatæ efficaces essent ad plenam judici fidem faciendam, ex innumeris prope circumstantiis, ac tentatis in contrarium probationibus debilitari, & ita minus plenas fieri.

8. Versantur probationes circa facta, & ea quidem dubia, non certa aut *notoria* vulgo dicta, arg. *l.* 1. *in fine ff. de act. emti*, *l.* 1. §. *furiosum* 12. *ff. de oblig. & act.* (de quibus notoriis fuse egit Antonius de Butrio *tract. de notorio*, qui est *in tractatu tractatuum tom.* 4. *pag.* 50. Mascardus *de probat. conclus.* 1107. 1108. 1109. 1110. 1111. ad verbum *notorium*. Menochius *de arbitrar. jud. libr.* 2. *causa* 166. & *de præsumtion. libr.* 1. *quæst.* 67.) idque vel præcise, die & consule designato, vel etiam aliquando ἀ᾽πλάτα, puta, cum quæritur, utrum operis alicujus facti memoria existat, nec ne, *l. in summa* 2. §. *idem Labeo* 8. *ff. de aqua & aqua pluv. arcenda*, *l. si arbiter* 28. *ff. h. tit.* de cujus emendatione Ravardus *variorum l.* 1. *cap.* 14. Factorum scilicet fides facienda est judici, quoniam sola facti quæstio in judicantis potestate est, non item juris auctoritas, *l. ordine decurionum* 15. *in fine pr. ff. ad municipalem*, *l.* 1. §. *quorum* 4. *in fine ff. de senatusc. Turpill.* Atque hinc nec jura probanda; quippe quæ publice constituta certa apparent, judicique aut nota sunt, aut esse debent, adeo ut officium ejus sit supplere ea, quæ in juris allegationibus advocatis partium deesse videt, secundum ea, quæ *tit. de judiciis n.* 49. dicta sunt. Si tamen circa jus versetur facti quæstio, id quod facti est probatione indiget, veluti si quis legem neget promulgatam esse, ac ob id non ligare contendat, ut expositum *tit. de legibus n.* 10. vel si consuetudo allegetur, quam adversarius usu introductam inficiatur, *l. cum de consuetudine* 34. *ff. de legibus*, vel si personali privilegio quis nitatur, ac pars adversa excipiat, illud nunquam fuisse impetratum: vel denique quis dicat, adversarium suum ab aliquo jure prohibitum esse specialiter lege aut constitutione, *l. ab ea part.* 5. *ff. h. t.* dum, verbi gratia, quis advocato partis objicit, eum de jure non posse postulare; vel accusatori, eum non posse accusare, quia tali laborat defectu, propter quem edicto prætoris, aut lege, postulandi vel accusandi facultas ei negata est: juxta *l. qui accusare* 8. *& seqq. ff. de accusation.* & *l.* 1. *ff. de postulando*, *l. si qui* 5. *C. eod. tit.* Vinnius *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 11.

9. Probat autem primo loco actor suam intentionem, nisi illa in confesso sit, dein reus exceptionem;

cum excipiendo actor fiat, *l. si quidem* 9. *C. de exception*, *l. possessiones* 2. *l. exceptionem* 19. *l. actor.* 23. *C. h. t. l. verius* 21. *ff. h. t. §. non solum* 4. *in fine. Instit. de legatis.* Actore non probante, reus absolvendus est, licet nihil ipse præstet; nec actor profitendo, se probare non posse quod asseverat, reum necessitate monstrandi contrarium adstringit, *l. qui accusare* 4. *C. de edendo, d. l.* 2. & *l.* 23. *C. h. t. d. l.* 9. *C. de exception.* nisi graviores contra reum militent præsumtiones; quippe quæ in reum rejicerent protinus probandi onus. Qua ratione, quia quisque bonus præsumitur, heres inofficiosi testamenti querela pulsatus docere debet, veram esse causam exheredationis testamento insertam, ac agenti impactam, *novell.* 115. *cap. aliud quoque* 3. *in pr.* Conventus indebiti condictione a muliere, minore, milite, & similibus, soluta sibi reddere compellitur velut indebita, si non ipse debita probet. Idemque est, si primo ipsam inficiatus sit solutionem, & mendacii convictus, *l. cum de indebito* 25. & *§.* 1. *ff. h. t.* Subsidiaria quoque actione adversus magistratus mota per pupillos ex administratione tutelæ læsos, ab ipsis magistratibus vocatis probatio exigitur, idoneos fuisse dationis tempore tum datos tutores tum fidejussores admissos, *l.* 1. *§. probatio* 13. *ff. de magistrat. conveniendis.* Voluntatis mutatæ probationem ei incumbere, qui convenitur, Papinianus auctor est, *l. cum tacitum* 3. *ff. h. t.* Et, cum legatarius duas protulisset scripturas legata sibi relicta continentes, heredi reo injunctum, ut probet, defunctum non duplicare, sed tantum repetere legatum voluisse, ac posteriorem scripturam inanem esse, *l. quingenta* 12. *h. t.* Sciendum tamen illis in casibus, quibus actori secundum jus commune prius onus probandi incumbit, dein reo, posse nihilominus reum, ad finem litis festinantem, & causæ suæ meritis fidentem, suas producere probationes, antequam ulla per actorem productio facta fuerit, dum suo quisque juri valide renunciat, ac reo etiam permissum est, ultro in se suscipere probationem, *l. circa eum* 14. *in med. ff. h. t.* Damhouderus *praxi civili c.* 160.

10. Probat & qui asserit, non qui negat, eo quod per rerum naturam factum negantis probatio nulla est, *l. actor.* 23. *C. h. t. l. asseveratio* 10. *C. de non numerata pecun. lib.* 2. *t. quoties* 18. *§. ult. ff. h. tit.* si modo negatio facti, & negatio simplex sit, nullis circumstantiis loci aut temporis munita: nam si vel juris negatio fiat, vel facti negatio qualitatibus loci atque temporis vestita sit, ipsi negotii probatio per leges imposita est; cum hujusmodi inficiationes in se involvant affirmationem quandam, ex cujus probatione per argumentum artificiale educitur veritas negationis, unde & talem negationem a pragmaticis dici *negativam prægnantem*, monet Merula *Praxi l.* 4. *tit.* 69. *num.* 6. Qua ratione ei, quem promisisse stipulanti scriptum est in instrumento, quique promissionem a se factam negat, quia eo tempore præsens non fuit, hujus absentiæ probatio injuncta est; eo quod docendo, se alibi fuisse (quod adfirmationem non vero negationem continet) docet aperte, se altero in loco, in quo promissio facta dicitur, præsentem haud fuisse, nec stipulanti promisisse, *l. optimam* 14. *C. de contrah. et comitt. stipulat. §. item verborum* 12. *instit. de inutilib. stipulat.* Similiter compotem mentis non fuisse eum, qui codicillos fecerat, probare tenetur, qui eo fundamento detrectat relictorum solutionem; cum probatis furoris actibus, eo tempore exercitis, quo codicilli feruntur conditi, sponte fluat, quod probandum erat, *l. ne codicillos* 5. *C. de codicillis.* Sed &, si quis Titium, qui pro Mævii filio habebatur, filium Mævii esse neget, negationis suæ fidem facere debet, probata scilicet partus suppositione, aliove quo facto, quod ipsum affirmationem habens, efficit, ut pateat, negationi veritatem adesse, *l. quidam, quasi* 15. *in fine ff. h. t. l. non nudis* 14. *C. h. t.* Et si filius *in potestate patris se esse* neget, ab eo probationem judex recte exegerit, quia se quodammodo liberum, seu a patria potestate liberatum, contendit, atque ita negando affirmat, *l. si filius* 8. *ff. h. t.* Is quoque, qui quid de se confessus fuit, (veluti, hominem a se occisum esse) si deinde neget ea, quæ confessione complexus est, subire debet probandi necessitatem; si confessionem suam sibi nolit damnosam esse, *l. inde Neratius* 23. *§. ult. l.* 24. *ff. ad leg. aquil.* Idemque de innumeris prope aliis, in jure sparsim occurrentibus, dicendum est. Confer de negatione probanda Franciscum Herculanum & Martinum de Fano, *in tractatibus de negativa probanda*, in tractatu tractatuum *tom.* 4. *fol.* 12. *et seqq.* Meyerum *Collegio Argentorat. ad Pand. h. t. n.* 7. Vinnium *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 12. Parentem p. mem. Paulum Voet *in prima Philosophia cap.* 7. *sect.* 2. *n.* 14. & *seqq.* & *ad §.* 12. *Instit. de inutil. stipulat. n.* 4.

11. Probat denique is, qui non possidet; utpote quo deficiente in probatione, possessor vincit ac absolvendus est: eoque nititur fundamento prudens Gaji monitum, cum ait, eum, qui destinavit rem petere, animadvertere debere, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem, quia longe commodius est, ipsum possidere, & adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere, *l. is, qui destinavit.* 24. *ff. de rei vindic. l. ult. C. eod. t.*

12. Facienda probatio intra tempus a judice vel lege, certas ad probationem faciendam dilationes variis in casibus indulgente constitutum, *l.* 1. *C. de dilationib. l. quinquaginta* 38. *ff. de excusat. tut.* adeo ut hæc tempora continua esse, atque ipsis etiam feriatis diebus currere velint arg. *l. sive pars* 3. *C. de dilationibus*, ac peremtoria esse. Christinæus *ad Leg. Mechl. t.* 1. *art.* 28. *in additam. num.* 2. licet aliquando ex justa causa aliam concedi dilationem cautum sit, Instruct. Curiæ supr. *art.* 185. & *seqq.* Curiæ Hollandicæ *art.* 59. & 147. Curiæ Brabant. *art.* 452. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 909. Et quidem regulariter probandum post litem contestatam, ante conclusionem in causa, *auth. at qui C. h. t.* Ante litem contestatam prælatura ac sæpe superflua probatio est; cum sciri nequeat, quid reus confessurus, quid negaturus sit, ac sola negata, non item ea quæ in confesso sunt, probatione indigeant. Quæ adeo vera, ut pragmatici velint, nihil agi per instrumentorum productionem, quæ litem contestatam antecessit, nisi post litem contestatam repetatur. Mynsingerus *cent.* 2. *observ.* 53. Carpzovius *defin. forens. par.* 1. *constit.* 17. *defin.* 9. Si tamen ante litem contestatam metus justus subsit, ne forte testes moriantur, jam senes vel ægrotantes, aut ne longe absint peregrinatione in plures annos continuanda, indeque non jus tandem, sed probatio deficiat, etiam ante litem

contestatam solemnem testium audiri depositionem, ac in perpetuum rei memoriam asservari obsignatam, & suo tempore una cum reliquis probationibus publicandam, moris est. Ita tamen, ut citandus videatur futurus adversarius, quo testium productioni adsit, &, si consultum putet, eosdem vicissim pro se interrogari petat. Quibus observatis, perinde id habendum erit, ac si post litem contestatam examen peractum esset; nisi post litem contestatam testes etiamnum in vivis essent, quo casu rursus producendi forent, depositiones suas confirmaturi, *cap. quoniam frequenter* 5. *extra*, *ut lite non contestata non procedatur ad test. receptionem. Ampliatie van d'instructie van den Hove van Holland.* 21. *Dec.* 1597. *art.* 19. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 771. *Instructie van den Hove van Vlaanderen art.* 322. *d. vol.* 2. *pag.* 2747. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 60. Damnouderus *praxi civili cap.* 162. And. Gayl *libr.* 1. *observ.* 92. 93. 94. Joh. Andr. Dornsperger. *syntagm. juris de probation. lib.* 1. *c.* 17. Rutgerus Rulant *de commissariis & commission. p.* 2. *lib.* 1. *c.* 1. *& mult. seqq.* Wassenaar *pract. judiciel. c.* 1. *n.* 166. 167. 168. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 33. Sed & ante litem contestatam probandas esse declinatorias fori exceptiones, & quæ dicuntur *litis finitæ*, impedientes ingressum litis, alibi traditum.

13. Ex adverso post conclusionem in causa ulterior probationum productio seu adhibitio improbata est, ob metum subornationis, *auth. jubemus C. de judicii.* Instructio Curiæ Holl. *art.* 81. si modo ex utroque latere in causa conclusum & ita ulteriori productioni renunciatum fuerit: nam si ex uno tantum latere in causa conclusum sit, etiam huic ipsi, qui in causa jam conclusit, adhuc in Hollandia probationes facere permissum est, eo quod tunc nondum didicit adversarii productiones. Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 42. Post conclusionem tamen in causa ipsum produci authenticum instrumentum, cujus solum exemplum antea productum fuerat, nihil impedit; cum illa nova probatio dici nequeat, maxime si notabilis negligentia producentis incursari non possit, Rittershusius *ad novellas lib.* 9. *cap.* 24. *num.* 22. Vide Carpzovium *defin. for. par.* 1. *constit.* 17. *defin.* 11. Sed & post conclusionem in causa ac probationum publicationem novas probationes, præcipue noviter repertas, producendi licentiam frequenter impetrari, petita ad id in integrum restitutione, in praxi receptum est. Confer Instr. Curiæ supremæ *art.* 191. *& seqq.* Ultrajectinæ *t.* 14. *van requeste civile*, *art.* 2. *& seqq.* Flandricæ *art.* 310. *& seqq. vol.* 2. *placit. Holl. p.* 2745. Wassenaar *pract. judic. cap.* 2. *num.* 1. *& multis seqq.* Quin imo, si lis apud delegatos Ordinum Hollandiæ (*Gecommiteer de Raden*) agitetur, etiam sine restitutionis impetratione nova documenta produci, postquam jam utrimque documenta communicata sunt, cautum est. *Reglement van de Rolle van de Gecommiteer de Raden* 22. *Januarii* 1660. *art.* 25. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1125. Similiter & ipsos judices, examinatis reprobationibus probationum atque salvationibus, decernere posse ulteriorem inquisitionem in facta salvationibus aut reprobationibus comprehensa, si putent, inde dependere, ut hoc vel illo modo sententia feratur, constat ex Instructione Curiæ Hollandicæ *art.* 148. Quæ & alia similia apertius & perfectius a quotidiano judiciorum usu petenda, ac agendo discenda sunt. Etenim in modo, forma, ac ratione probandi observanda consuetudo loci, in quo litigantur, & ubi probationes producuntur, *l. testium fides* 5. §. *ult. ff. de testibus.*

14. Altera tituli parte de præsumtionibus agitur, quæ sunt conjecturæ ex signo verisimili ad probandum assumtæ; vel opiniones de re incerta, necdum penitus probata. Harum triplicem speciem DD. constituunt, aliam nempe hominis, aliam juris, aliam juris & de jure. Præsumtio hominis est, cum ex ipsius negotii probabilibus qualitatibus ac circumstantiis aliquid inducitur, & fidem quandam invenit, aliquando majorem, aliquando minorem, donec contrarium probatum aut gravioribus præsumtionibus inductum fuerit. Qua ratione nemo negaverit, graviorem contra Titium præsumtionem militare, si ipse inimicus Mævii existens cædis tempore visus sit gladio cruentato, mente turbata, torvo vultu, egredi ex cœnaculo, in quo Mævius occisus est, nec tamen ideo plena ex hoc solo atque perfecta probatio surgit. Et quamvis dubium non sit, quin apud viros graves et honestos suspicio quædam nascatur, tutelam fraudulenter gestam et rationes pupillares distractas fuisse a tutore, cum nec ipse nec uxor ejus quicquam ante administrationem habuissent, et derepente tempore administratæ tutelæ opulentus evasisset, non tamen hoc sufficiens ad probandum indicium est, sed aliis id argumentis comprobari oportet; eo quod pauperibus augmentum patrimonii labore et industria multisque casibus aliis acquiri potest, et in dubio bonus unusquisque credi debet, donec aliud probatum fuerit; *l. si defunctus* 10. *C. arbitrium tutelæ*, *l.* 51. *ff. pro socio.* Dependent ergo potissimum ab arbitrio judicis hæ præsumtiones hominis, quantam nempe iis vim, quantamque fidem, secundum animi sui religionem, tribuat. Menochius *de præsumtion. lib.* 1. *quæst.* 44. *n.* 8. 9.

15. Juris præsumtio dicitur, quæ ex legibus introducta est, ac pro veritate habetur, donec probatione aut præsumtione contraria fortiore enervata fuerit. Cumque ex ipso jure descendat, in potestate vero judicis facti quidem quæstio sit, non juris auctoritas, consequens est, eam ab arbitrio judicis haud dependere, arg. *l. ordine* 15. *in fin. pr. ff. ad municipalem*, *l.* 1. §. *quorum* 4. *ff. ad senatusc. Turpill.* Menochius *de præsumt. d. lib.* 1. *quæst.* 44. *num.* 3. *& seqq.* Hujus exempla prope infinita per universum jus dispersa, singulis in materiis fere adnotata sunt; veluti, neminem velle suum jactare, *l. cum de indebito* 25. *ff. h. t.* Ademtum legatum, quod testator ex libera voluntate alienavit, *l. rem legatam* 18. *ff. de admin. vel trasferend. legatis*, aut si capitales inter testatorem et legatarium inimicitiæ exarserint, *l. si quis ita* 3. §. *ult. ff. eod. tit.* Pignore per creditorem legato ei, qui id obligaverit, remissum esse pignoris jus, *l.* 1. §. 1. *ff. de liberatione legata.* Negotium unumquodque, quod gestum est, rite atque ordine, solemnitatibus tum internis tum externis adhibitis gestum esse, §. *si scriptum* 17. *Instit. de inutil. stipulat.* §. *ult. Instit. de fidejussoribus*, *l. sciendum est*, 30. *l. Titia quæ* 134. §. *pen. ff. de verb. oblig. l.* 1. *C. de contrab. & commit. stipulat. l. si scriptum* 11. *C. h. t.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 16. *num.* 19. Quæ pauca hic attigisse suffecerit, longam enim præsumtionum seriem habent, qui de his scripserunt, Guido Papa *de præsumt. in tractatu tractatuum tom.* 4. *fol.* 400. Menochius *de*

præsumtion. Alciatus *de præsumt.* Dornspergerus *in syntagmate juris de probation. lib.* 1. *cap.* 38. & 39. De cetero præsumtionem leviorem a graviore pelli, ex variis facti speciebus constat. Ita, licet nemo præsumatur velle jactare suum, *d. l.* 25. *ff. h. t.* tamen si sciens indebitum solverit, donasse præsumitur, *l. cujus per errorem* 53. *ff. de reg. juris.* Præsumitur quisque solvisse quod erat debitum, ac indebitum a se solutum asserens probare debet. Sed si accipiens primo numerationem ipsam inficiatus ac mendacii convictus fuerit, indebitum accepisse creditur, uti & mulierem, militem, minorem, ac similes indebitum solvisse præsumtio est, ubi intentant indebiti condictionem *dist. l.* 25. *pr.* & §. 1. *ff. hoc t.* Patrem, quæ filio studiorum causa peregre agenti subministravit, non credendi animo sed pietate debita ductum misisse, si non aliud probetur, Ulpianus auctor est *l. quæ pater* 50. *ff. familiæ ercisc.* si tamen bona materna filius habeat, credendi ac deducendi opinione in studia aut honorem filii a patre erogatum fuisse, judex arbitrabitur, *l. ult. ff. de petit. hered.*

16. Præsumtionem juris & de jure appellant interpretes, quoties jus præsumit aliquid, ac super præsumto disponit, nec admittit in contrarium probationem, veluti puellam minorem annis duodecim necdum viripotentem esse; ideoque nullas cum ea posse nuptias contrahi, licet in domum mariti deducta, jam loco nuptæ esse cœperit, *l. quæsitum est* 9. *ff. de spons.* arg. *l. si sponsa* 74. *ff. de jure dot. l. nec ullam* 13. §. *omnibus* 1. *ff. de petit. hered.* Minores viginti quinque annis, qui curatores acceperunt, impares esse rebus suis administrandis, licet res bene gerant, & ob id ad eam usque ætatem curatorum auxilio debere regi, *l.* 1. §. *ult. ff. de minor.* 25. *annis.* Eum, qui cum aliena uxore loqui deprehenditur in domo mariti, vel uxoris, vel in popinis, vel in suburbano, cum ei jam ter a marito in scriptis sub præsentia trium testium fide dignorum denunciatum esset, ut abstineret, adulterum esse: ac propterea impune a marito occidi *auth. si quis ei C. ad leg. Jul. de adulteriis.* Donare voluisse eum, qui sciens prudens indebitum solvit, ideoque denegandam ei indebiti condictionem, *l. cujus per errorem* 53. *ff. de reg. juris, l. quod quis sciens* 50. *ff. de condict. indeb.* Falsi crimen commisisse, qui sibi fuisse in testamento alieno quid adscripsit, ideoque & relictis carere debere, & ex publico legis Corneliæ de falsis judicio damnari, *l. Divus Claudius* 15. *ff. ad leg. Cornel. de falsis.*

17. Licet autem præsumtiones aut plurimum ex eo, quod frequenter accidit, & fieri ordinarium est, desumi soleant, quandoque tamen ea etiam, quæ rarius eveniunt, lex præsumit, usque adeo, ut & super præsumto tali disponat. Tergeminos uno partu edi rarius est, frequentius singulos; & tamen in casu, quo pater uxore prægnante & filiis jam natis relictis moritur, præsumtum fuit tergeminos nascituros, & ob id definitum, ita interim, donec vidua pepererit, defuncti parentis hereditatem liberis jam natis assignari, ut tres partes utero reserventur, quasi tergeminis nascituris, *l. antiqui* 3. *l.* 4. *ff. si pars hered. pet.* Ad centum annos vivere homines, prout nunc hominum corpora tellus producit, insolitum esse, certum est; si tamen municipio, corpori, vel collegio ususfructus constitutus fuerit, centum annis tuendos esse municipes placuit, quia is finis vitæ longævi hominis est, *l. an. ususfr.* 56. *ff. de ususfr. & quemad. quis ut.*

18. Ceterum ex præsumtionibus juris & de jure ferri posse sententiam, vix ambigi potest, cum ea ratione secundum leges, aliquid præsumentes, ac super præsumto disponentes, judicetur. Sed & ex solis juris præsumtionibus, probatione contraria aut præsumtione fortiore non enervatis, sententiam absolutoriam ferri posse, tum in civilibus tum in criminalibus, dubium esse nequit, si consideres, actore non probante eos regulariter absolvendos esse, licet ipsi nihil præstent, dum pro his rem possidentibus præsumtio militat in actionibus in rem; & nemo se vel res suas obligasse creditur; nemo delicti vel criminis intuitu nocens, sed magis bonus præsumitur; quo fit, ut ab actione in personam aut accusatione absolvendus sit, qui nec debitor nec nocens per adversarium probatur, secundum vulgata jura. In causis quoque civilibus ex juris præsumtione condemnationem sequi posse expeditum puto: nam si quis indebiti condictione conventus, ipsam pecuniæ solutionem per mendacium inficiatus sit, ita indebitum ei solutum præsumitur, ut, nisi ipse debitum probet, ad soluti restitutionem compellendus sit, *l. cum de indebito* 25. *ff. h. t.* idemque est, si a muliere, vel milite, vel minore, indebiti condictio intentetur, *d. l.* 25. §. 1. *ff. h. t.* Conventi actione subsidiaria magistratus in id, quod pupillus a tutore ac fidejussore ejus servare non potuit, condemnationi subjacebunt ex eo, quod jus præsumit, eos vel non idoneos dedisse tutores, vel fidejussores minus idoneos admisisse, si non ipsi contrarium docuerint, *l.* 1. §. *si magistratus* 11. 12. & 13. *ff. de magistratibus conveniendis.* Simileque jus est in ceteris casibus, in quibus leges contra reum præsumtiones induxerunt. Vide *l. fideicommissa* 11. §. *si rem suam* 12. & 13. *ff. de legatis* 3. *l.* 9. §. 2. *l.* 16. *l.* 17. *l.* 18. *l.* 22. *l.* 23. *ff. de reb. dubiis, l. cum hic status* 32. §. *si ambo* 14. *ff. de donat. inter vir. & uxor.* Præterquam quod & a pragmaticis est traditum, ex pluribus præsumtionibus simul junctis etiam sæpe plenam posse induci probationem; de quo vide Menochium *de præsumt. lib.* 1. *qu.* 40. & 41. Mynsingerum *cent.* 2. *observ.* 100. Berlichium *conclus. pract. par.* 1. *conclus.* 36. *n.* 156 & *seqq.* Causas criminales quod attinet, licet ibi regulariter requiri videantur probationes luce meridiana clariores, nec ex *suspicionibus* solis pœnæ infligendæ sint, satiusque tunc existimatum fuerit, impunitum dimitti facinus nocentis, quam innocentem condemnari, *l. absentem* 5. *ff. de pœnis*; tamen & ex præsumtionibus urgentissimis reum damnari posse, innuit *l. ult. C. h. t.* in qua dum ab Imperatoribus rescriptum est, accusatores eam rem deferre in publicam notionem debere, quæ munita sit *idoneis testibus*, vel instructa *apertissimis documentis*, vel *indiciis indubitatis & luce clarioribus*, per indicia indubitata, a testibus & a documentis idest instrumentis distincta, non aliud intelligi posse videtur quam gravissimæ præsumtiones ex criminis ipsius qualitatibus, atque circumstantiis surgentes. Atque ita in *l. si quis adulteriis* 34. *C. ad leg. Jul. de adulteriis*, proponuntur indicia manifesta, ex quibus facinus velut convictum confessumque puniri jubetur. Quibus similia sunt, quæ traduntur in *aut. si quis ei C. ad leg. Jul. de adulteriis.* Incestus pœnas iis imponendas esse qui clam incestuosas nuptias con-

traxerint, quia præsumit jus eos scientes incestu se polluisse, Paulus docet *l. ult. in fine ff. de ritu nuptiar.* Ex lege Cornelia dum is solus punitur, qui dolo occidit, necesse est, ut admittamus, ex præsumtionibus damnationem sequi; cum dolus, in mente residens, non nisi ex ipsius facti qualitatibus colligi, atque ita ex præsumtione doceri possit, *l.* 1. §. *Divus* 3. *ff. ad leg. Cornel. de sicariis*, junct. *l. dolus emtoris* 10. *C. de rescind. vendit. l. fraudis interpretatio* 79. *ff. de reg. juris.* Sande *decis. Fris. lib.* 5. *t.* 9. *defin.* 14. *ibique plures citati.*

19. Præsumtioni affinis est fictio juris; commentum scilicet ad conciliandam æquitatem cum ratione & subtilitate juris. Quæ tamen juris fictiones in eo distant a præsumtionibus, quod præsumtiones ea contineant, quæ probabilem habent veritatem, fictiones vero manifestam supponant ac agnoscant falsitatem, licet de cetero tantum soleant operari in casu ficto, quantum veritas in casu vero, uti id latius traditum *tit. de reb. creditis num.* 4. 5. 6. Confer de juris fictionibus D. Noodt *probabilium lib.* 3. *cap. ult.* Anton. Dadinum Alteserram, *in libello de juris fictionibus.*

20. Fictioni non absimilis simulatio est, nisi quod fictiones *juris* sunt, & effectum in jure sortiuntur; at simulationes *hominum* magis, & effectu carere debent, ubi deteguntur, dum plus valere debet quod agitur, quam quod simulate concipitur, *tit. C. plus valere quod agitur &c.* Ex quibus autem circumstantiis contractus præsumi possit simulatus, prolixius excussit Lambertus Goris *Adversarior. tract.* 5. *cap.* 14. *n.* 1. *& seqq. usque ad n.* 15.

TITULUS IV.

De Fide instrumentorum & Amissione eorum.

SUMMARIA.

1. *Quid sint instrumenta? An & in criminalibus possint fidem facere?*
2. *Quid sint instrumenta publica, quæ auctoritate publica conficiuntur? Acta publica non sunt ex locis, ubi asservari solent, transferenda.*
3. *De instrumentis publicis a tabellione confectis. Quæ eorum requisita ex jure Romano? Quæ ex moribus hodiernis? De protocollo per tabellionem habendo. An propria tabellionis manu scribi debeat? An instrumentum sit nullum si tabellio protocollum facere neglexerit? Debet tabellio aut testes novisse eos, qui contrahunt aut testantur. Si ob neglectas a tabellione solemnitates instrumentum sit nullum, tabellio læsis tenetur ad id quod interest.*
4. *Tabellio debet esse legitime creatus & admissus. Quid si scribat extra locum, in quo admissus? Quid si putativus tantum? An instrumentum legitime a tabellione factum ubique fidem faciat? An & in locis, ubi tabellionum usus non est?*
5. *Quibus in casibus tabellio non majorem fidem faciat quam alius privatus? Quid si gestis præsens non fuerit? Quæ fides ejus, quatenus de sana mente testatoris & similibus testatur? An sibi aut suis adscribere, aut alios obligare possit? An pater tabellio filii testamentum excipere, & vice versa?*
6. *De instrumentis quasi publicis trium testium subscriptione munitis, aut confectis per actuarios, consultum nationis Belgicæ negotiantis in locis peregrinis, de libro auctionarii publici; de actis collegiorum, civitatum, ecclesiarum.*
7. *Regulariter exemplo instrumenti publici non creditur. Quando tamen credatur? Quid si protocollum perierit, sed extet exemplum ab eodem tabellione cum authentico collatum & subscriptum?*
8. *An contra tertium vel pro tertio probet instrumentum publicum? An non saltem in antiquis? An probet, quatenus habet relationem alterius instrumenti? Quo modo firmetur fides instrumenti publici, quod ex longinquis regionibus adducitur?*
9. *Instrumenta* guarentigiata *apud nos non obtinent.*
10. *Quid sit instrumentum privatum? Ubi & de apochis, & antapochis, ac harum usu.*
11. *Privatum contra scribentem plene probat, si agnitum. Si quis neget se scripsisse, & mendacii convincatur, quo modo puniatur? An ex sola literarum collatione possit mendacii convinci? An instrumentum privatum, si scriptum quidem sit ab aliquo, sed non subscriptum, probet contra eum?*
12. *Contra tertium vel pro tertio non probat instrumentum privatum: nec pro scribente. An, & quando, & in quibus libri mercatorum & ephemerides eorum probent? An probent pro tertio? Et quid, si unus ex mercatoribus sociis rationes nomine omnium scripserit?*
13. *Quam fidem mereantur libri advocatorum & procuratorum de salariis sibi debitis? Quid in libris publicanorum? In rationibus sociorum? In notatis lignis diffissis, vulgo* Kerf Stoken?
14. *Quomodo evertatur fides instrumentorum? Quid si is, qui obligatus dicitur, probet se tunc alibi fuisse? Quid si testes adhibiti in instrumento omnes jurato deponant, aliter negotium gestum fuisse? Quid si omnes negent, se præsentes fuisse? Quid si instrumentum simulata contineat? Quid si scriptura diversa sibi contraria ab una parte producantur?*
15. *Quid, si ab actore & reo producantur instrumenta sibi invicem directo contraria? Quid, si ex pluribus testibus pauciores instrumento contradicant, aut sigillum suum non agnoscant? Quid si instrumentum sit cancellatum, deletum, aut margini ejus quid adscriptum?*
16. *Quid, si ipse tabellio fateatur, se falsa in instrumento scripsisse? An uno instrumento tabellionis falso pronunciato, etiam reliqua ab eo scripta pro falsis habenda? si pars una instrumenti falsa probetur, an & altera falsa censeri debeat?*
17. *An instrumentum invalidum, si non contineat causam debiti?*
18. *An quis possit instrumentum, quod pro se produxit, reprobare, si & adversarius eo uti velit? & an quis instrumentum a se productum possit liti eximere invito adversario? An liber rationum etiam contra producentem possit fidem facere?*
19. *An amissio instrumenti noceat, si aliter res gesta probari possit? Et quid, si instrumentum ex conventione vel statuto sit necessarium?*
20. *Ubi protocolla tabellionum post eorum obitum sint asservanda?*
21. *An semper prosit, jurejurando asserere, se nec possidere nec dolo desiisse possidere instrumentum,*

de cujus exhibitione convenitur, quove ipse fuisset usurus?

22. *An, si de dubito constet, debitor solutionem denegare possit sub eo prætextu, quod chirographum amissum ei reddi nequit?*

23. *An creditor debitorem cogere possit, ut loco amissi chirographi aliud det, ubi de debito constat?*

1. QUamvis instrumentorum appellatione subinde etiam testes, seu personæ judicem instruentes, contineantur, *l. notionem* 99. §. *ult. ff. de verbor. signif.* tamen hoc in titulo instrumentum est scriptura ad rerum gestarum fidem comprobandam assumta, *l. in re* 4. *ff. h. t. l. contrahitur* 4. *ff. de pignor. & hyp.* non in civilibus tantum, sed & in criminalibus negotiis fidem faciens, arg. *l. in exercendi* 15. *C. h. t. l. ult. C. de probation. l. ubi falsi* 22. *C. ad leg. Cornel. de falsis.* Nam quod Hadrianus Imperator rescripsit, *testibus se non testimoniis crediturum*, *l. testium fides* 3. §. *idem divus* 3. *ff. de testibus*, non eo pertinet, ut per instrumenta fidem criminis fieri vetuerit; sed tantum, quod ipsos testes præsentes censuerit super crimine interrogandos esse, ut ex vacillatione vel constantia in respondendo dijudicetur, quo usque eorum depositioni credi oporteat. Unde & in *seq.* §. 4. *d. l.* idem Imperator ait, *aliam esse authoritatem præsentium testium, aliam testimoniorum, quæ recitari solent.*

2. Sunt autem instrumenta quasi in subsidium introducta; cum sine iis de veritate rei gestæ post longa tempora vix quicquam certi possit cuiquam constare, dum labilis est hominum memoria, vita brevis, & obnoxia fallaciis humana negotia. Horum vero instrumentorum alia publica, alia privata sunt. Publica dicuntur, primo quidem, quæ authoritate publica conficiuntur, veluti tabulæ censuales & alia acta publica, sparsim in jure occurrentia, ac multis in negotiis adhibenda, *l. census* 10. *ff. de probation.* §. *aliæ* 2. *Instit. de donation. l. donatio* 25. *l. data* 27. *l. in hac* 20. *l.* 31. *C. de donation. l. publicati* 2. *l. testamenta* 18. *C. de testamentis*, *l. testamenti tabulas* 2. *C. quemadmod. testam. aper. inspic. & describ.* quæ ne corrumpantur, aut intervertantur aut amittantur, in eodem loco jubentur perpetuo asservari, prohibita omni eorum translatione, *d. l.* 18. *C. de testamentis*, sicut etiam apud nos nunc vetitum decreto Curiæ Holl. 11. *Sept.* 1569. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1415. ne quis ex Graphejo curiæ libros domum ferat.

3. Sed & secundo publica instrumenta sunt, quæ forma solemni a persona publica, puta tabellione, conscribuntur, *l. contractus* 17. *C. h. t. l. ult. C. de jure deliberandi princ. instit. de emt. vendit.* quorum requisita erant ex jure Romano, ut scriberentur a tabellione in charta signata, *nov.* 44. *cap.* 1. & 2. ac exprimeretur in iis nomen Imperatoris & annus imperii, præterea consul, indictio, mensis, dies, *nov.* 47. *cap.* 1. §. 1. atque insuper locus, in quo conficiuntur, utpote qui maxime ad fidem eorum firmandam, falsitatemque detegendam, conferre potest, arg. *l. optimam* 14. *C. de contrah. & commit. stipulat.* §. *item verborum* 12. *Instit. de inutil. stipulat.* Neque hoc, quod de loco dictum, mutatum est per *d. nov.* 47. *cap.* 1. §. 1. tum quia Imperator disertis cavet verbis, *se priorum nihil auferre*, seu nihil antiquo juri denegare; tum quia nominatim civitatis annum inseri jubet, quod necessario involvit loci seu civitatis expressionem. Nostris autem moribus præprimis necesse est, ut tabellio omnia instrumenta a se tanquam tabellione confecta referat in memorialem scripturam, (quæ *protocollum* dici solet) habentia subscriptionem contrahentium aut testantium, & testium, atque ipsius quoque tabellionis; indeque deinceps exempla verbotenus transcribat, suaque confirmet subscriptione, significante, exemplum cum exemplari seu protocollo collatum convenire. Quam memorialem scripturam si tabellio non confecerit, ut ad eam velut ad instrumentum principale recurri possit, munere privandus aliaque pœna arbitraria coercendus est. *Edicto Caroli V.* 4. *Octobr.* 1540. *art.* 13. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 38. ut tamen ob id non videatur ipsum instrumentum dicendum nullum, ne alioquin in tabellionis, pretio vel alio modo corrupti, potestate foret, interverso aut suppresso protocollo, actus omnes eorum, qui apud ipsum egerunt aut contraxerunt, inutiles efficere. Radelantius *Curia Ultraject. decis.* 125. *num.* 2. Marta *in digestis juris novissimi Tom.* 3. *tit. instrumentum cap.* 49. Groenewegen *ad Grotii manuduct. jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 12. *n.* 22. *lit. B in postrema editione.* Et quamvis consultius sit, totam primam memorialem scripturam manu tabellionis ipsius scribi, tamen, si alio scribente ipse dein subscripserit, atque ita confirmaverit instrumentum, tanquam apud se confectum, vim ei haud esse denegandam plures opinantur. Ant. Sola *ad constit. Sabaudiæ tit. de opposition. contra formam extrinsec. Instrum. pag. mihi* 277. 270. De cetero exprimendus locus & tempus, & nomina, cognomina, qualitates, dignitates contrahentium aut testantium, ac testium, quæ vulgo nota. Vide Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 226. (vel 228.) *pag.* 649. eumque in finem opus est, ut vel ipse tabellio, vel testes negotio adhibiti fide digni ac tabellioni noti, noverint eos, qui apud ipsos contrahunt aut elogia suprema condunt, & id ipsum exprimatur, *Edicto Caroli V.* 4. *Octobris* 1540. *art.* 14. *vol.* 1. *placit. Holland. pag.* 319. neque sufficerit, testatorem aut contrahentem alterutri testi notum esse, sed utrique debet esse cognitus sub pœna nullitatis, *Decreto Ordinum Holl.* 18. *Martii* 1671. *vol.* 3. *placitorum Holl. pag.* 48. Et generaliter eas adhiberi oportere solemnitates, quæ præfinitæ sunt lege loci, in quo unumquodque instrumentum conficitur, expositum antea *cit. de constit. Principum* parte altera *de statutis. n.* 15. 14 13. quales etiam in dubio præsumi adhibitas, donec contrarium probetur, dictum *cit. præced. de probat. n.* 15. Quod si solemnitates quædam, lege publica vel more necessariæ, omissæ fuerint, & ob id instrumentum effectu destituatur, tabellio ad damni reparationem lege obstrictus est, cum culpa sit, aut profiteri artem, quam non calleat, aut negligenter in ea exercenda versari, arg. *l. jubemus* 29. *in fine C. de testamentis, p. Instit. de oblig. quæ quasi ex delict. nasc. l.* 1. *l.* 4. §. *ult. l.* 6. *l.* 7. *si mensor. fals. modo dixerit, l. idem juris* 8. §. 1. *ff. ad leg. Aquil.* Hugo Grotius *manud. ad juris prud. Holl. lib.* 1. *c.* 27. *num.* 17. & *seqq.*

4. In primis vero requiritur ad horum instrumentorum a tabellione confectorum validitatem, ut ipse auctoritate publica constitutus, ac fides ejus publice probata sit. Qua occasione disputari solet, an gesta

apud tabellionem putativum, vel creatum quidem sed impedimento legali laborantem, subsistant, nec ne? Uti &, an instrumentum nullum sit, ac fidepublica destituatur, si tabellio extra territorium Principis illius, a quo creatus est, illud conscripserit? Ac, quid juris sit, si conscripserit quidem in territorio ejusdem Principis, sed in alia urbe vel pago, quam in quo a magistratu admissus est? Quæ omnia a me jam tractata vide *in tit. de officio prætorum num.* 6. *&* 7. Ceterum, ubi nullum in tabellione vitium, nullus defectus est, confecta ab eo instrumenta publica non tantum in loco, in quo creatus ac admissus est, sed & ubique aliis in locis, fidem inveniunt: ut ex iis, quæ in *tit. de constit. princ.* parte altera *de statutis n.* 13. *& seqq.* dictat, colligi potest: exceptis iis regionibus, quarum lege reprobatus deprehenditur in universum usus tabellionum; utpote in quibus licet testamenta alibi coram tabellione condita & contractus a tabellione alibi conscripti fidem mereantur, & effectum habeant circa res illic sitas, difficilius tamen admittuntur ea, quæ ad actus judiciales expediendos pertinent. Atque hinc est, quod in Gelria Gelri nihil deferunt instrumento mandati ad lites, alibi coram tabellione ac testibus facto, sed scriptum apud acta, seu coram lege loci, mandatum requirunt; quin & circa contractus, & testamenta alibi a tabellione confecta, testimonium ipsius magistratus, quo significatur, hunc, qui instrumentum scripsit, talem esse, cui in omnibus fidem habent, Leeuwen *cens. for. par.* 2. *lib.* 1. *cap.* 29. *n.* 11. parens p. mem. Paulus Voet *de statutis sect.* 10. *n.* 11.

5. Observandum tamen, hanc tabellionum fidem publice probatam non ultra operari quam quantum ad ea, quæ a tabellione, qua tali, adeoque nomine officii gesta sunt: in ceteris non majorem eos, quam privatos quosvis alios integræ famæ homines, fidem facere, dum vel tanquam testes in negotio, cui interfuerunt ut privati, producuntur, vel instrumentum sine forma solemni, sine testibus, adeoque privatum, in gratiam tertii, ab iis conscriptum est. Confer Menochium *de arbitr. jud. lib.* 2. *casu* 105. *n.* 39. *& seqq.* Mascardum *de probation. concl.* 1101. *quanta sit notarii auctoritas.* Præterea, in quantum non de ipsis gestis actis atque transactis inter partes testantur in suis instrumentis, sed de prærequisitis qualitatibus paciscentium aut testantium, vulgaris clausulis comprehendi solitis, præsumtionem quidem veritatis pro iis militare, sed hanc contraria probatione subverti posse, Ant. Faber docet, dum testatorem sanæ mentis esse, mulierem Vellejano renunciantem beneficii sui admonitam fuisse, aliaque similia, instrumento asserta sunt, *C. lib.* 4. *t.* 14. *defin.* 28. Quin imo nullam omnino fidem invenit tabellionis instrumentum in iis, quæ non præsente, sed absente tabellione inter partes acta dicuntur, Abr. a Wesel *ad nov. const. Ultraject. art.* 6. *n.* 24. Uti nec in his, quæ tabellio in publico instrumento in suam suorumve scripsit utilitatem: qua ratione neminem sibi suisve in testamento alieno adscribere posse, sed magis falsi reum esse ex jure Romano, alibi dicendum erit, ac patet ex *l. Divus* 15. *ff. ad leg. Corn. de falsis. tit. C. de his, qui sibi adscripser. in testament.* Et quemadmodum exemplo perniciosum est, ei scriptura credi, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit, *l. exemplo*, 7. *C. de probation.* ita quoque suspectum haberi debet illud notarii instrumentum, quo non se aliis, sed alios sibi filiove suo devinctos scribit. Nam etsi non videtur negandum, quin filius suo patri vel matri, & pater vicissim suo filio, testamentum conditura tanquam tabellio adesse, ac supremum morientis elogium excipere possit, dummodo nihil sibi suisve adscribat; eo quod non tam ipsi testatori morienti, quam potius heredibus institutis ac legatariis commodum inde sperandum est, arg. *l.* 1. *§. inter filium* 8. *§. ad leg. Cornel. de falsis*, *l. qui testamento* 20. *§. per contrarium* 2. *ff. qui testam. fac. poss.* Peckius *de testamentis conjugum l.* 3. *cap.* 11. tamen quoties aut patris aut filii commodum vertitur, ac versatur spes lucri, vel damni metus, filium patri, patrem filio testem idoneum non esse expeditum est, *l. testis idoneus* 9. *ff. de testibus*, *§. sed neque heres* 10. *Instit. de testament. ordin.* At quis, obsecro, magis testimonium perhibet, quam qui hæc aut illa apud se præsentem gesta esse, ac ob id fidem plenam mereri, palam profitetur?

6. Non etiam hoc loco prætermittendum, instrumentis publicis secundum jus Romanum exæquata fuisse quasi publica, quæ cum privatim scripta essent, trium testium fide dignorum subscriptione, munita erant, *l. pen. C. qui pot. in pign.* Atque insuper ex moribus nostris in fide publica faciendi exæquatos esse actuarios consulum gentis nostræ ad peregrinas oras mercaturæ causa missorum, ex decreto Ordinum Generalium 8. *Dec.* 1612. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1333. & 1. *Novemb.* 1633. *d. vol.* 2. *p.* 1342. 1343. Librum quoque præconis seu auctionarii de rebus auctione publica distractis, earumque pretio, emtore, ac similibus, ad auctionem publicam pertinentibus, ad instar instrumenti publici plenam fidem facere, sive ipse scripserit, sive per scribam auctoritate publica electum scribi curaverit auctionis tempore, pro vario locorum usu, docet Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 5. Denique & acta publica collegiorum, veluti civitatum, ecclesiarum, nosocomiorum, pro publicis haberi, ac in ipsis quoque causis collegiorum plenam fidem facere, tradit Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 29. *num.* 16. 17. eo quod illi, quibus id incumbit, ista non in suum sed collegii commodum usumque conscripserunt, ideoque ita fidem merentur, uti apparitores officii nomine quid referentes.

7. Ex supra dictis colligi potest, quæ instrumenti publici vis sit; nempe, quod plenam fidem judici faciat; si modo authenticum fuerit; non item, si exemplum tantum; quippe ex quo regulariter jus dicendum non est; nisi fide publica transcriptum sit, citata adversa parte, *l. quicunque* 2. *ff. h. tit.* *l.* 1. *§. sed si unum* 7. *ff. de bonor. possess. secund. tab. l. ult. ff. testam. quemad. aper. insp. & describ.* junct. *l. publicati* 2. *C. de testamentis*, *Ordon. op de justitie in de Steden en ten platten Lande van Holl.* 1. *April.* 1580. *art.* 18. Instruct. Curiæ Holl. *art.* 63. Brabantinæ *art.* 346. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 894. Ampliatio Instruct. Curiæ Holland. 21. *Dec.* 1579. *art.* 17. quo facto, authentici ipsius aut protocolli exhibitio non ultra jure desideratur, Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 16. *defin.* 6. *&* 16. vel nisi exemplum sit actorum fiscalium, & is, cui describendi potestas facta est, caveat, se eo adversus fiscum aut rempublicam non usurum *l. in fraudem* 45. *§. ipse autem* 6.

ff. de jure fisci. Quin imo, si manu tabellionis exemplum ex protocollo ejus transcriptum sit, ac munitum subscriptione tabellionis, id cum authentico convenire testantis, & forte postmodum protocollum incendio aliove casu perierit, magis est, hujusmodi exemplo fides haberi debeat, utcunque collationis ergo pars adversa citata non fuerit. Ant. Faber *C. d. lib.* 4. *tit.* 16. *def.* 16. Confer Mynsingerum *cent.* 6. *observ.* 73. 74. 75. Fachineum *controv. lib.* 11. *cap.* 58. Covarruviam *pract. quaest. c.* 19. Joh. Andr. Dornspergerum *syntagm. juris de probation. lib.* 1. *cap.* 5. *post med. pag.* 116.

8. Non tamen instrumentum publicum, inter duos celebratum, probat pro tertio aut contra tertium; cum res inter alios acta aliis neque noceat neque prosit, arg. *l. saepe constitutum* 63. *ff. de re judicata, l. Imperatores* 3. *ff. de transaction. l. ult. ff. de interrogat. in jure faciendis, l. ult. ff. de probation.* & argumento eorum, quae scripsi *ad tit. de jurejur. n.* 20. Quamvis negari nequeat, quin inde pro tertio subinde quaedam praesumtio nascatur, utcunque debitor, quam ut onus probandi in adversarium derivaret, secundum facti species, quae sunt in *l. si duo* 13. *pr. ff. de jurejurando, l. quaero* 58. *§. ult. ff. de aedilit. edicto,* Fachineus *controvers. lib.* 11. *cap.* 36. Maschardus *de probation. conclus.* 940. *num. ult.* Rebuffus *ad constitutiones regias tom.* 3. *tract. de inventario art.* 1. *n.* 10. nisi forte in antiquis, Andr. Gayl. *l.* 2. *observ.* 37. *n. ult.* Sed &, si in instrumento publico instrumenti alterius mentio fiat, non aliter fidem faciet quantum ad narrata ex eo instrumento, quam si ipsum illud, cujus injecta mentio, exhibeatur, etiamsi instrumenti alterius plena verba transcripta essent, *auth. si quis in aliquo C. de edendo, l. ult. ff. de probationib.* Carpzovius *defin. for. par.* 1. *constit.* 17. *defin.* 4. Jacobus Coren *observ.* 22. *num.* 44. 45. Ant. Matthaeus *de auction. lib.* 1. *cap* 19. *n.* 73. Denique, si instrumentum publicum ex longinqua producatur regione, non adeo indubitatam fidem judici faciet; unde tutius esse monent Pragmatici, si is, qui tali instrumento uti vult, jungat ei scriptum ac sigillo publico munitum testimonium magistratuum loci, ubi factum, quo significatur, instrumentum talis argumenti seu talia continens, a persona ejus loci publica seu legali conscriptum esse, Menochius *de praesumtion. l.* 2. *praes.* 78. *n.* 10. & 24. Berlichius *conclus. pract. par.* 1. *conclus.* 44. *n.* 34. 35. Leeuwen *cens. for. par.* 2. *lib.* 1. *cap.* 29. *n.* 11.

9. Quae vero apud alios instrumentis publicis, quae *guarentigiata* dicunt, per tabelliones conscriptis, vis tribuitur, quod nempe paratam executionem habeant, ea apud nos in usu non est; sed praxi receptum, subjungi instrumentis consensum in condemnationem eorum, quae iis comprehensa sunt. Confer Merulam *praxi lib.* 4. *tit.* 100. Ant. Matth. *de auction. lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 2. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 36. *num.* 6. 7. ibique alios cit.

10. Instrumentum privatum dicitur, quod auctoritate privata a privatis est compositum, & quo & epistolae referendae, *l. qui negotia* 34. *ff. mandati, l. Titius Sejo* 24. *l. quidam* 16. *ff. de constit. pecunia, l. cum tabernam* 34. *§.* 1. *ff. de pign. & hypoth.* ac rationes domesticae, *l. in hac actione* 3. *§. interdum* 14. *l. pen. ff. ad exhibendum.* Et vel obligatorium vel liberatorium est. Obligatorium aliter syngrapha, chirographum, idiocheirum, cautio, appellatur, *l. lecta* 40. *ff. de reb. creditis, l. pen. C. qui pot. in pign. l. liberationem* 3. *§.* 1. *ff. de liberat. legata, l. Labeo* 2. *§.* 1. *ff. de pactis,* Liberatorium *apocha* & *securitatis* nomine venit, *l. plures* 19. *C. h. t. l. in contractibus* 14. *§.* 1. & 2. *C. de non numerat. pecun.* Antapochae magis obligatoriis quam liberatoriis scripturis adnumerandae sunt, cum eas debitor suo det creditori, isque profiteatur, se reditus, pensiones, usuras, aliaque similia annua aut menstrua solvisse, ut ita appareat, debitum a debitore fuisse agnitum, & praescriptio temporis summoveatur, *d. l. plures* 19. *C. h. t.*

11. Omnis autem privata scriptura contra scribentem plene probat, aeque ac publica, licet non eundem habeat cum publica effectum circa praelationem in pignore tribuendam, *l. Publia Maevia* 26. *§. ult. ff. depositi, d. l.* 24. & *l.* 26. *ff. de constit. pecun.* junct. *l. pen. C. qui pot. in pign.* Sande *decis. Fris. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 13. Busius *de offic. judicis cap.* 4. *n.* 25. Fachinaeus *controv. lib.* 11. *cap.* 29. & 31. Si modo de scriptura constet ex propria adversarii scribentis agnitione, qui ne temere ad inficiationem scripturae suae confugiat, constitutum est, eum mendacii convictum in duplum damnandum esse, sicut moribus ad poenam arbitrariam, *auth. Contra C. de non numer. pecun.* ibique Groenewegen *nov.* 18. *cap.* 8. Ut tamen ex sola literarum collatione mendacii convinci nequeat, si non alia indicia concurrant ad debiti scriptura abnegata comprehensi adstructionem, ne via falsi crimini pandatur, licet id a Justiniano videatur probari cum aliqua distinctione, *l. comparationes* 20. *C. h. t. novell.* 73. *cap.* 4. & 7. Gudelinus *de jure noviss. lib.* 4. *cap.* 11. *versu, caeterum, seu num.* 14. Cujacius *ad nov.* 49. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 13. *defin.* 71. Carpzovius *defin. for. par.* 1. *const.* 17. *defin.* 12. Brunnemannus *ad l.* 20. & *auth. adhaec C. h. t.* Busius *de officio judicis cap.* 4. *n.* 11. & *seqq.* Plane, si se scripsisse fateatur, ea autem, quae scripto comprehensa, falsa dicat, scripturae sua plena constabit auctoritas, donec contrarium probatum fuerit, arg. *l. generaliter* 13. *C. de non numer. pecun. l. inde Neratius* 23. *§. ult. ff. ad leg. Aquil.* Fachinaeus *controvers. lib.* 11. *cap.* 29. Utrum autem ipse totum instrumentum sua manu scripserit debitor atque subnotaverit, an tantum scripturae ab alio conscriptae subscripserit, parum refert quantum ad probandi vim, *d. l. pen. C. qui pot. in pign. pr. Instit. de emt. vendit. l. contractus* 17. *C. h. t.* Si tamen totum instrumentum de suo debito vel rerum suarum obligatione scripserit quidem, sed nomen suum non subscripserit, neque etiam sic instrumento inseruerit, ut subscriptio supervacua videretur, dum forte nomen suum ex more Romano praemisit (juxta formulas occurrentes in *l. Lucius Titius* 24. *l. Publia Maevia* 26. *§. ult. l. Quintus Caecilius* 28. *ff. depositi*), scriptura hujusmodi, veluti imperfecta, non haberet probandi vim: tum, quia quis posset per talem scripturam alienae tantum obligationi ministerium praebere, totamque debiti confessionem non suo sed alieno nomine concepisse, deinceps subscriptione per eum, cujus nomine ac rogatu scripta, perficiendam ac confirmandam, tum etiam, quia novum non est, privatas scripturas obligatorias manu debitoris de debito, vel liberatorias manu creditoris de solutione in antecessum parari, ut numeratione deinde secuta per subscriptionem firmen-

tur. Nec obstat *l. pen.* §. 1. *ff. de pignor. & hypotec.* eo quod illic agitur de probanda pignoris obligatione, quæ epistola illa anterior erat; cum auctor epistolæ profiteatur de præterito, se tunc, cum mutuum acceperat, rogasse creditorem suum, ne sponsorem sed pignora reciperet: quod ergo epistola illa postmodum scripta neque diem neque consulem neque subscriptionem habebat, non idcirco obligationem pignorum cessare merito in *d. l.* responsum fuit; cum hypotheca consensu contrahatur, adeoque res, de qua convenit, etiam sine scriptura obligetur, ac generaliter scripturæ fiat, ut, quod actum est, per eas facilius probari posset; & sine his valeat quod actum est, si modo probationem habeat, *l. contrahitur* 4. *ff. eodem tit. de pignor. & hyp.* non etiam repugnat *l. fidejussor.* 26. §. *pater* 1. *ff. de pignor. & hypoth.* ubi filii prædium obligatum dicitur, quia is patris rogatione & patris nomine scripserat chirographum, quo patet inter alia prædium illud filii scribentis obligaverat, cum tamen filius istud instrumentum neque subscriptione sua neque signo suo firmasset. Etenim in specie istius legalis pater pignori obligaverat rem filii, & subscriptione sua illud instrumentum firmaverat, atque ita pignoris obligatio per illud instrumentum rite perfectum contigerat; sed quia nemo rem alienam obligare poterat sine domini voluntate, juxta *l. aliena res* 20. *ff. de pignor. act.* adeoque nec pater eam, quæ filii erat; consensus autem etiam tacite rebus ipsis ac factis declaratur; hinc Jurisconsultus censuit, filium abunde consensum suum in pignus significasse, quod ipse inter res a patre obligandas manu sua fecerat etiam domus propriæ commemorationem, sic ut ibi ea scripturæ pars, qua filius suam quoque domum inter pignora a patre obligata memorat, non tanquam scriptura quædam perfecta, sed tanquam factum aliquod, ad elicendum inde filii consensum sufficiens, consideretur.

12. Contra tertium, aut pro tertio, privata scriptura fidem non facit; cum ne publica quidem eam vim habeat, ut supra traditum: multoque minus pro ipso scribente, si non aliis fortioribus juvetur adminiculis, probare poterit domestica adnotatio aut rationes. Exemplo namque perniciosum fuit visum, ei scripturæ credi, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit: usque adeo, ut ne fisco quidem permissum fuerit, ex suis subnotationibus facere debiti probationem, *l. instrumenta* 5. *l.* 6. *l.* 7. *C. de probation.* Effecit tamen mercaturæ utilitas ac favor, ut moribus inductum fuerit, libros mercatorum, quibus debiti ac crediti mercatorii rationes continentur semiplenam facere probationem, ac jurejurando mercatoris aut morte ejus firmatos plenam fidem intervenire, quoties mercator integræ famæ & existimationis est; quasi contrahens cum mercatore, nec scripturam de contractu faciens, videatur tacite mandasse, ut mercator contractus ipsius terminos atque qualitates bona fide in suas referat rationes, fidem deinde facturas, Jac. Coren *consil.* 16. *n.* 18. *& seqq.* Busius *de officio judicis cap.* 4. *num.* 26. Groenewegen *ad l.* 5. *& seqq. C. de probation.* Carpzovius *defin. for. par.* 1. *constit.* 17. *defin.* 35. Menochius *de arbitrar. judic. lib.* 2. *casu* 91. Parens p. m. Paulus Voet *de statutis sect.* 5. *cap.* 2. *n.* 9. idque quatenus ea continent, quæ ad mercaturam spectant; non ad alia, veluti fidejussiones, mutui dationes, mandata, et similia. Unde si scriptum sit, Titium pro Mævio merces emente fidejussisse, vel Mævium ex mandato Titii merces emisse; ac inde Titius conventus fidejussionem, aut mandatum neget esse interpositum aliunde quam ex libro mercatorio, utcunque per jusjurandum aut mortem firmato, id probandum foret. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 20. *num.* 8. 9. Menochius *de arbitrar. jud. d. lib.* 2. *casu* 91. *num.* 22. *& seqq.* Carpzovius *defin. for. par.* 1. *const.* 17. *defin.* 37. Groenewegen *ad d. l.* 5. *C. de probation.* Sed &, si totus contractus negetur cum mercatore celebratus, tota negetur transmissio mercium, alia probatione præter rationes mercatoris opus est, Groenewegen *d. loco n.* 3. Leeuwen *cens. for. par.* 2. *lib.* 1. *cap.* 29. *num.* 19. Minorem quoque manuali, seu diariis aut ephemeridibus mercatoris, quam quidem libris legitimam debiti & crediti appositionem habentibus, fidem oportere tribui, traditum Rotæ Genuæ *decis.* 2. *num.* 27. Denique regulariter hi libri pro tertio aut contra tertium fidem haud faciunt, nisi aliunde juventur, indiciis ac præsumtionibus, Responsa Jurisc. Holl. *par.* 5. *consil.* 193. aut nisi plures socii mercatores negotiationis curam atque administrationem, vel rationum conscribendarum provinciam, uni demandaverint, tunc enim ille, qui scripsit, non sibi tantum, sed & reliquit, nec tantum contra se, sed & contra reliquos socios fidem facit in iis, quæ ad istam respiciunt societatem; argumento eorum, quæ dicta *tit. pro socio n.* 13. *& seqq.*

13. Porro libris mercatorum in fide facienda hodie non absimiles libri rationum, quod de salariis sibi debitis advocati, procuratores aliique his similes, conscribere consueverunt, concurrente scilicet probabilitate, aliisque similibus, quæ superius de libris mercatorum enarrata sunt; Jacobus Coren *Consil.* 29. *n.* 1. *& seqq. ad n.* 13. Idemque de libris publicanorum jure asserueris, licet non desint, qui hisce plenam fidem arrogant; sed nullo jure, cum enim ne fiscus quidem ex suis adnotationibus debitum probare possit, ut supra monitum, ex *l.* 7. *C. de probation.* non major utique publicanis tribuenda videtur aut fides aut auctoritas; quippe qui omnem suam potestatem ex eo solo metiri possunt, quod in vectigalium exactione fiscum repræsentent; minore etiam, quam fiscus, fide digni, dum eos audaciæ atque temeritatis leges incusant, *l. quanta* 12. *ff. de publican. & vectig.* Ant. Matthæus de *auction. lib.* 2. *cap.* 6. *n.* 36. Societaris quoque rationes inter ipsos socios fidem mereri, positis certis requisitis, quoties vel promiscue per omnes socios conscriptæ sunt, vel per unum ex reliquorum voluntate, tradit Menochius *de arbitr. jud. lib.* 2. *casu* 92. Hector Felicius *de societate cap.* 38. *n.* 14. *& seqq.* Notas quin etiam ligno diffisso incisas, cujus partem alteram venditor mercium minutim distractarum, partem emtor tenet (quæ *Kerf Stokken* dicuntur), in his minutis eandem fidem facere, quam in majoris momenti mercibus scriptæ mercatorum rationes, æquum est, dum notas tales scripturæ vicem inter imperitos obtinere usu inductum. Parens p. m. Paulus Voet *de statutis sect.* 5. *c.* 2. *n.* 9. *in med.*

14. Ceterum multifariam tum publici tum privati instrumenti fides subvertitur in totum, aut extenuatur. Etenim, ut nihil dicam de requisitorum solemnium & diei, mensis, similiumque in publicis instrumentis omissione, in totum enervantur instrumenta

probatione in contrarium, dum is, qui in instrumento scribitur certo die præsens contraxisse, apertissime docet, se toto illo die alibi fuisse, §. *item verborum* 12. *Instit. de inutil. stipulat. l. optimam*, 14. *C. de contrah. & commit. stipulat.* Confer Menochium *de arbitrar. judicum lib.* 2. *casu* 105. *num.* 23. *& seqq.* Mynsingerum *cent.* 4. *observ.* 39. *n.* 3. *& seqq.* Uti &, si testes adhibiti omnes obloquantur instrumento, aliterque negotium gestum esse, jurato deponant, arg. *novell.* 73. *cap.* 2. *&* 3. Mynsingerus *cent.* 4. *observ.* 59. *in pr.* Menochius *de arbitrar. jud. lib.* 2. *casu* 105. *n.* 32. Longe magis, si omnes negent se instrumento præsentes aut adhibitos fuisse, aut illud a se subscriptione signove munitum, arg. *l.* 1. §. *ult. l.* 4. *l.* 5. *ff. testam. quemad. aper. inspic. & describ.* Menochius *de arbitrar. jud. lib.* 2. *casu* 105. *num.* 9. *& seqq.* Si instrumentum ipsum simulata comprehendat, dum vel persona alia inserta est, quam quæ vere contraxit, vel alia res, quam de qua vere actum; vel alius contractus, quam qui re ipsa celebratus fuit: eo quod plus valere debet, quod agitur, quam quod simulare verbis instrumenti conceptum est, *l.* 1. 2. *& seqq. C. plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur.* Si in unius ejusdemque instrumenti substantialibus contraria inveniantur, quæ conciliari nullo modo possunt, adeoque simul exitum invenire nequeunt, arg. *l. si Titius heres* 16. *ff. de condit. instit. l. scripturæ* 14. *C. h. t. l. ubi pugnantia* 188. *ff. de reg. jur.* (Contra quam statuendum foret, si nulla in instrumento pugna sit, sed illud diversis constans capitibus, in nonnullis prosit producenti, in aliis obsit. Vide Carpzovium *defin. for. part.* 1. *constit.* 17. *def.* 7.). Si scripturæ diversæ, fidem sibi invicem derogantes, ab una eademque parte prolatæ sint, *d. l. scripturæ* 14. *C. h. t.* nisi illæ ultimam voluntatem contineant, quo casu vel posteriori scripturæ, vel si utraque eodem tempore confecta sit, ei, qua minor comprehensa quantitas, standum foret, *l. si mihi* 12. §. *ult. ff. de legatis* 1. *l. Sempronius Proculus* 47. *ff. de legatis* 2.

15. Quod si non ab eodem, sed a diversis argumenti contrarii instrumenta edantur, veluti, si a reo instrumenta producantur directo pugnantia cum iis, quæ ab actore pro ejus intentione prolata sunt, sic ut alterutrum falsum esse necesse sit, dubia tantum utriusque fides efficitur: quo fit, ut judex tunc alterutri jusjurandum velut in causa dubia deferre soleat, ex *l. admonendi* 31. *ff. de jurejurando*, de quo pluribus actum *tit. de jurejurando n.* 28. Ut tamen magis ei, qui publicum, quam qui privatum instrumentum adduxit, jusjurandum videatur deferendum, ubi ex pugnantibus publicum alterum privatum est; quasi major pro publico quam pro privato præsumtio militet; nisi aliud judici suadeant circumstantiæ concurrentes. Confer Ant. Fabrum *Cod. lib.* 4. *t.* 16. *defin.* 3. Simili modo non in universum perit, sed tantum diminuitur, instrumenti fides, si ex majore testium adhibitorum numero pauciores contradicant, aut sigillum suum vel subscriptionem haud agnoscant, *l.* 1. §. *ult. ff. testam. quemadm. aper. inspic. & describ.* poteritque eo casu purgari suspicio adversus instrumentum nata, si testis ille mendacii circa inficiationem convincatur, quod fieri potest per depositionem reliquorum, jurato asserentium, hunc quoque, qui negat, præsentem fuisse ac cum reliquis signasse. Cancellatione insuper, ac ratione vel inductione, vel lini incisione, aliisque similibus; extenuatur instrumenti fides, nisi hæc in ea appareant instrumenti parte, qua illud suspectum fieri, nequit, vel ex voluntate partium delecta ac suprascripta sint, vel legi adhuc possint, *l. si chirographum* 24. *ff. de probation. l. si unus* 12. *C. de testamentis*, *l.* 1. §. *pen. & ult. ff. de bonor. possess. secund. tabulas*, *l.* 1. *& tot. t. ff. de his quæ in testam. delentur*, *l. inductum* 22. *C. de solutione.* Quo etiam pertinet, si quid margini instrumenti per tabellionem aut alium instrumenti scriptorem adjectum, nec testium subscriptione firmatum sit; cum nec hoc suspicione careat, si non aliunde juvetur; per ea quæ habet Joh. Papon. *lib.* 9. *t.* 8. *in appendice arrest.* 2.

16. Non tamen instrumento publico fides decedit ex eo solo, quod forte tabellio in eo adhibitus se falsa in illud retulisse confiteatur: nam licet ea confessione ita sibi noceat, ut saltem onere probandi confessionis suæ falsitatem gravandus sit, arg. *l. inde Neratius* 23. §. *ult. ff. ad leg. Aquil.* non tamen per eam tertio adimit jus faciendi fidem ex illo instrumento, pro quo, tanquam publico, præsumtio veritatis militat; cum talis sua confessione jam publici judicii, puta, falsi reus, & pro judicato habitus, infamis sit; atque insuper per propriam alleget turpitudinem, quales nec fidem merentur nec audiendi sunt, arg. *l.* 1. *ff. de confessis*, *l. athletas* 4. §. *ult. l.* 5. *ff. de his qui not. infam.* junct. *l. infamem* 7. *ff. de publicis judiciis*, *l. quæsitum* 13. *ff. de testibus*, Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *t.* 16. *defin.* 11. Sed &, si maxime tabellionem ex eo condemnatum proponas, quod in instrumento aliquo conficiendo falsitatem commisisse convictus fuit, ne tum quidem reliqua per eum conscripta ante condemnationem instrumenta viribus destituta censeri debent, quamdiu in his quoque falsitatem adhibitam esse probatum non est, Jul. Clarus §. *fin. quæst.* 73. *n.* 4. Quin imo, si ipsum illud instrumentum, quod producitur, falsa in aliquo capite continere, jam demonstratum sit, in ceteris tamen suis partibus ab illo capite falso haud dependentibus cur fidem non faceret, nihil vetat, arg. *l. pen. Cod. de transaction.* Qua ratione, si scriptum sit, Titium Mævio centum aureos numerasse mutuos, ac pro eorum restitutione Sempronium fidejussisse, mutui probatio ex illa scriptura, subscriptionem debitoris habente, recte fiet, licet Sempronii fidejussionem confictam falsamque esse judicatum jam fuerit. Uti enim sententia pluribus constans capitibus ex parte justa & ex alia parte iniqua esse, ac ob id adversus unum caput ejus & appellatio fieri, & restitutio in integrum peti potest, *l. etiam si patre* 29. §. *ex causa* 1. *ff. de minor.* 25. *annis*, *l. quadam mulier* 41. *ff. familiæ erciscundæ. l. si qui separatim* 10. §. *ult. ff. de appellation.* ut testamentum pro parte rescindi ut inofficiosum, pro parte alia firmum esse, tanquam non contra pietatis officia conditum, *l. nam etsi* 15. §. *ult. ff. de inoffic. testam. l. in substitutione* 31. *ff. de vulg. & pupill. substit.* ut denique ea sola, quæ quis sibi in alieno adscripsit testamento pro falsis habentur, ac pro non scriptis, manente in ceteris vigore testamenti, secundum ea, quæ *t. de his quæ pro non scriptis* explicanda erunt; ita et ex pluribus separatis ejusdem instrumenti capitibus, alterum verum esse, alterum falsitate laborare, novum aut improbabile non est, Responsa Jurisc. Hol-

land. *par.* 2. *consil.* 126. *quast.* 1. *in med.* Fachineus *controvers. lib.* 9. *cap.* 79. Aliter Menochius *de praesumtion. lib.* 5. *praes.* 21. Mascardus *de probat. conc.* 743.

17. Causam debiti quod attinet, eam instrumento inseri necesse est, ut ex eo efficaciter agi, ac plena debiti probatio peti possit: adeo ut omissio ejus efficiat, onus probandi in eum rejici, qui debitum sibi asserit, *l. cum de indebito* 25. §. *ult. ff. de probation. l. palam* 2. §. *circa primam* 3. *ff. de doli mali & metus except.* Quod & jure Canonico firmatum, *cap. si cautio* 14. *extra, de fide instrument.* Mascardus *de probation. concl.* 343. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 13. *num.* 9. Carpzovius *defin. for. par.* 1. *constit.* 17. *defin.* 39. Si tamen cautiones judiciales, quæ appellantur *gereebtelyke Schult-bekentenissen*, indiscrete, id est nulla addita causa concipiantur, eas non eo minus efficaces haberi in Gelria, scribit Lambertus Goris *adversar. tract.* 4. §. 19. Idemque in Saxonia obtinere docet *defin.* 40. imo communiter fere receptum esse, colligi potest ex allegatis apud Mascardum *de probation. conclus.* 345. *n.* 16. Apud Antwerpienses quoque ex instrumentis causam debiti non continentibus jus dici, ac sequi posse condemnationem, statutis istius urbis expressum est, *t.* 53. *art.* 5. uti et nonnullis urbium Flandriæ legibus municipalibus, ut auctor est Damhouderus *praxi civili cap.* 175. *n.* 13. & *seqq.* Sed et, si in instrumento obligationis mentio fiat acceptæ pecuniæ, nec tamen specialis causa numerationis expressa sit, in dubio videri obligationem ex mutui causa descendere, post alios tradit Simon van Leeuwen *cens. for. p.* 1. *lib.* 4. *c.* 4. *n.* 4. Denique etiam, eum ex personarum contrahentium qualitate satis superque colligi potest causa debiti, instrumentum ob ejus omissionem viribus haud destitui, exemplis demonstrat Groenewegen *ad d. l.* 25. §. *ult. ff. de prob.*

18. Quisquis autem instrumentum aliquod pro se produxit in judicio, illum fidem ejus enervare non posse, quatenus id sibi producenti nocet, a pragmaticis vulgo tradi solet, utcunque producens protestatus fuerit, se illud tantum, quatenus sibi prodest, productum velle. Ut tamen adversario producentis integrum putent, producto contra se instrumento in suum uti commodum, si quid in eo pro se inveniat, salva de cetero facultate reprobandi ea, quæ partis adversæ causam videntur adjuvare. Et ex eo jure utendi instrumento per adversarium producto descendit, quod a Mynsingero *cent.* 6. *observ.* 76. aliisque scriptum est, eum, qui semel in judicio produxit instrumentum, quod postea sibi magis obesse quam prodesse deprehendit, non posse ex pœnitentia illud iterum judicio eximere, invito adversario, quasi non jam amplius producentis proprium, sed ex productione utrique litiganti commune effectum. An vero libri rationum, quos quis pro se adducit, etiam contra producentem possint judici fidem facere, prolixe discutit Menochius de *arbitr. judicum lib.* 2. *casu* 93.

19. Amissio instrumenti (de qua altera tituli pars est) non nocet creditori, *l.* 1. *l.* 5. *l.* 7. *l.* 8. *l.* 10. *C. h. t.* si modo aliter de negotii gesti veritate constare possit, *l. in re* 4. *ff. h. t. l. contrahitur* 4. *ff. de pignor. & hypoth.* Quo fundamento assignatam liberis a parente superstite quantitatem velut patrimonium parentis prædefuncti, per testes recte probari, cum ipsum assignationis instrumentum esset deperditum, re judicata firmat D. Someren de *jure novercar. cap.* 5. *sect.* 1. *n.* 4. Nec mutat, quod forte scriptura ex conventione partium fuerit ad contrahendum necessaria; dummodo tunc doceatur, scripturam ea de re vere confectam esse, arg. *l. testium* 18. *in fine Cod. de testibus.* Ant. Matthæus *de judiciis disp.* 9. *n.* 69. Struvius *ad Pand. exercit.* 28. *num.* 34. Quid juris sit, si ipsa tabellionis scriptura memorialis perierit, exemplum tamen inde descriptum extet, supra monitum *n.* 7.

20. Sed ne facile instrumentorum, præcipue publicorum a tabellionibus conscriptorum, contingat amissio, in Hollandia constitutum est, ut post obitum tabellionum acta eorum, seu protocolla, deferantur in graphejum urbis illius, in qua suo munere functi sunt, ibique asserventur, *Placit. Ordin. Holl.* 22. *April.* 1670. *vol.* 3. *pag.* 486. et quidem in graphejum loci illius, in quo postremum morati ac mortui sunt, si mutato identidem domicilio diversis in regionibus artem suam professi sint, *Placito Ordin. Holland.* 1. *Augusti* 1676. *d. vol.* 3. *pag.* 487. Quibus similia in plerisque cauta decreto Curiæ Brabantinæ 29. *Octobr.* 1665. *d. vol.* 3. *pag.* 488. Eandemque ob causam nec acta publica ex loco publico, nec libros ex graphejo Curiæ Hollandicæ esse domum asportandos, jam ante adnotatum est *n.* 2.

21. Multum interim refert, utrum is instrumentum a se amissum dicat, qui ipse eo ad agendum in judicio aut excipiendum usurus est; an vero alius, cui inde nec seritur nec metitur, ad ejus exhibitionem conventus; an denique ipse actor aut reus, qui, postquam instrumentum produxit, ad iteratam productionem convenitur, dum adversarius illud falsi arguere vult. Si enim amissio instrumenti, quo actor suam intentionem, aut reus suam exceptionem firmare deberet, ab his ipsis allegetur, nihil ipsis prodesset istiusmodi allegatio, utcunque jurejurando munita, si non aliunde actor intentionem aut reus exceptionem probet; quasi non jus sed probatio deficiat. Sin ex adverso tertius tanquam possessor instrumenti conveniatur ad editionem aut exhibitionem ejus, jurata assertione, quod neque possideat neque dolo malo possidere desierit, plerumque defungi potest, ac absolvendus est, *l. ult. in med. C. h. t.* Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 17. *defin.* 28. si non aliud suadeant concurrentes circumstantiæ, aut evidens sit, ex editione damnum aliquod ei, qui ad editionem convenitur, imminere, ut dictum *tit. de edendo n.* 25. *in fin.* Idemque statuendum, si repetitam editionem petente adversario, ut instrumentum falsum doceat, is qui semel edidit, illud a se per casum edi non posse juret, *l. p. C. h. t.*

22. Quod si chirographum quidem amissum, sed tamen debitum eo comprehensum in confesso sit, aut aliunde probatum, non potest debitor sub prætextu, quod chirographum sibi reddi nequeat, solutionem detrectare, si apocham solutionis dare creditor paratus sit: cum ex rescripto Imperatorum *pecuniæ soluta professio collata instrumento majorem rei gestæ probationem contineat, quam si chirographum acceptæ pecuniæ mutuæ fuisset redditum, l. pecuniæ* 14. *C. de solut.* junct. *l. dissoluta* 2. *C. de condict. ex lege*, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 37. *n.* 4.

23. Sed & observandum, a creditore compelli posse debitorem, ut in instrumenti amissi aut vetustate attriti locum aliud conscribat ac tradat creditori, si creditum de cetero in confesso aut probatum sit, sive instrumentum amissum contineat obligationem

ultro citroque obligatoriam, veluti emtionis locationis, secundum ea, quæ scripsi *tit. de edendo num.* 13. sive chirographum deperditum mutui aut reditus aut decimatum aut alterius similis debiti confessionem aut constitutionem complectatur, arg. *l. chirographis* 57. *ff. de adm. & peric. tut.* Andr. Gayl *d. lib.* 2. *observ.* 37. *n.* 1. Responsa Jurisc. Holl. *p.* 1. *cons.* 193. & *p.* 2. *cons.* 271. Wassenaar *pract. judic. c.* 6. *n. ult.*

TITULUS V.

De Testibus.

SUMMARIA.

1. *An, & quando instrumenta testibus potiora sint, & vice versa? Ubi lex præcise scripturam requirit, an depositio quinque testium suppleat scripturæ defectum?*
2. *Quo tempore testes debeant esse idonei? Qui prohibeantur testes esse? Ubi de impuberibus, furiosis, prodigis, hæreticis, Judæis, infamia juris notatis, servis. An servi manumissi, vel puberes aut sanæ mentis facti, deponere possint de iis, quæ in servitute, furore, aut impubere ætate vixerunt?*
3. *Quid sit domesticum testimonium? de mulis & ancillis, quamdiu ministrant nobis, de lictoribus prætorum publice accusantium. An pater filio possit esse testis; & vice versa? An pater inter duos filios?*
4. *An frater pro fratre vel contra fratrem? An frater inter duos fratres?*
5. *An uxor pro marito vel contra maritum testari possit, aut cogi, ut testetur?*
6. *An, & quatenus advocatus aut procurator pro cliente suo, aut contra clientem testis esse possit?*
7. *An, & quatenus tutor pro pupillo aut contra eum? Et quid de executore negotii?*
8. *An proxeneta inter eos, quibus ministerium accommodavit? & quam fidem faciant libri ejus?*
9. *An socius in causa sibi & socio communi? An cedens in causa cessionarii, auctor in causa ejus, qui rem ab ipso habet? An quis in re sua?*
10. *De minore annis 20. in criminalibus; participe criminis; liberto contra patronum; inimico capitali.*
11. *An, & quo usque cæcus, surdus, mutus, fœmina, subditus in causa Principis, municeps in causa municipii, delator in crimine quod detulit, debitor inter creditores de protopraxia agentes infamia facti laborans, inimicus, amicus, cognatus? Quid, si testis deponat, se ab ipso producente corruptum esse?*
12. *Moribus omnes testes audiendi, salva licentia reprobandi depositiones. Quando testes minus idonei pro actore vel reo fidem faciant?*
13. *Quibus modis testes cogantur jure veteri & novo Romano & hodierno ad testimonium dicendum? An & cogendus, qui jurejurando se obstrinxit de non propalandis sibi revelatis?*
14. *Qui inviti non cogantur? ubi de senibus, militibus, valetudinariis, illustribus, publicanis, cognatione vel affinitate junctis, libertis ac patronis. An quisquam de facto ex quo infamiam aut delictum proprium detegeret? An unus ex pluribus actoribus vel reis? Quibus casibus exceptæ persona tamen invitæ cogi possint in subsidium?*
15. *Testibus productis sumptus a producente subministrandi. Ipsi interrogandi, & responsa jurejurando veritatis, non credulitatis, firmare debent in continenti. Non solis creditur testimoniis exhibitis. Nec hodie creditur testimoniis in judicio non repetitis ac confirmatis; exceptis paucis casibus, ubi de testibus mortuis aut peregrinantibus, non objecta per adversarium confirmationis omissione, aliisque. An testimonia confirmari possint, ubi semel producta sunt non confirmata?*
16. *Testes in alieno morantes territorio per istius loci judicem examinari possunt, & transmissæ depositiones fidem inveniunt in causa civili. An & in criminali?*
17. *Quot productiones testium Romani admiserint? An testis in eadem causa sæpius produci possit? An ut dubia explicet? An errorem possit corrigere, & quam tunc fidem faciat prior aut posterior depositio? ubi & de teste vacillante &c.*
18. *De publicatione testimoniorum, ne judex aut tabellio præmature publicet. An et quando post publicationem testes de novo produci possint?*
19. *De reprobatione, denique salvatione testium et testimoniorum.*
20. *Duo testes vulgo sufficiunt? multitudinem testium onerosam ac superfluam judex non debet admittere.*

1. Quemadmodum instrumentis, ita & testibus probatio fit, usque adeo, ut rescriptum fuerit, in exercendis litibus eandem vim obtinere fidem instrumentorum, & testium depositiones, *l. in exercendis* 15. *Cod. de fide instrumentorum*, in quantum scilicet seorsim instrumenta sola, & sola testium sufficientium depositiones, plenam possunt judici fidem facere ad sententiam secundum allegata atque probata ferendam. Ut tamen inficias haud sit eundum, quin adductis ex uno latere testibus, ex altero instrumentis, nonnunquam testibus magis quam instrumentis, quandoque magis instrumentis quam testibus credendum sit, prout vel instrumenta fuerint omni exceptione majora, vel testes. Qua ratione per depositionem testium instrumenta falsitatis arguentium, in dubium vocari, imo enervari in totum posse instrumentorum fidem, constat ex *l. optimam* 14. *Cod. de contrah. & commit. stipulat.* §. *item verborum* 12. *Instit. de inutil. stipulat.* Contra vero censum & monumenta publica potiora testibus esse senatus censuit, *l. census* 10. *ff. de probat.* imo testes adversus scripturam interrogari non posse, cum de fide tabularum nihil dicitur, Paulus notat, *recept. sentent. lib.* 5. *t.* 15. §. 4. & contra scriptum testimonium non ferendum esse testimonium non scriptum, habet *l.* 1. *C. h. t.* nec dubium, quin omnibus illis in casibus scriptura prævaleat, in quibus leges nominatim per instrumenta, cum testium exclusione, probari jubent, quales occurrunt in *l. pen. C. si minor se majorem dixerit*, *l. cum de indebito* 25. §. *ult. in fine ff. de probation. l. generaliter* 13. *C. de non numerata pecunia*, *l. in donationibus* 13. *C. de donation.* Quamvis frequentius pragmaticis placuerit, quoties lex aut statutum nominatim scripturam requirit, nec testibus contentum est, quinque tamen testibus aut confessione adversarii, perinde ac instrumento, id quod actum est probari posse, arg. *l. testium* 18. *C. h. tit.* vel etiam jusjurandum a parte parti posse

deferri. Vide Mynsingerum *cent.* 1. *observ.* 5. Responsa Juris. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 89. *num.* 2. & *seqq.* Parent. p. m. Paulum Voet *de statutis sect.* 7. *c.* 3. *n.* 8.

2. Sunt autem testes personæ ad fidem rei faciendam adhibitæ in causa civili vel criminali; in quibus ante omnia testimonii perhibendi potestas requiritur eo tempore, quo in testimonium adhibentur, arg. *l.* 2. *l.* 3. *l.* 13. *ff. h. t.* junct. *l. ad tertium* 22. §. *conditionum* 1. *ff. qui testam. fac. poss.* Ceterum alii in universum vetantur testes esse, alii quibusdam tantum in causis exclusi sunt. In universum prohibiti furiosi & prodigi, §. *testes* 6. *Instit. de testamentis ordinand.* junct. *l. furiosi* 40. *ff. de reg. juris* infamia juris laborantes; licet enim lex Julia de vi quosdam tantum enumeret gravius notatos, *l.* 3. §. *lege Julia* 5. *ff. h. t.* tamen, quod legi deest, religione judicantis omittendum hic non esse, Papinianus auctor est, *l. quæsitum* 13. *ff. h. t.* Quibus consequens est, in *l. qui testamento* 20. §. *etiam, qui* 5. *ff. qui testam. fac. poss.* addendam esse vocem *non*, uti id etiam contextus jubet. Adde Sim. van Leeuwen *cens. for. par.* 2. *lib.* 2. *cap.* 7. *n.* 3. *circa fin.* Sed & Judæi ac hæretici improbiores idonei testes in judiciis non sunt, nisi inter ipsos hæreticos aut Judæos contentio sit, quasi tunc digni sunt tali litigatore testes, *l. pen. C. de hæretic.* & *Manichæis.* Impuberes quoque naturalis ratio a testimonio repellit, §. *testes* 6. *Instit. de testam. ordin. l.* 3. §. *lege* 5. *l. inviti* 19. §. 1. *ff. h. t.* cum ætas illa seductu facilis sit, judicii infirmitate laborans, & suspectior habeatur ad mentiendi facilitatem, imo nec pejerare intelligatur, *l. ex libero* 15. §. 1. *ff. de quæstion.* junct. *l. qui jurasse* 26. *ff. de jurejurando.* Servos lex civilis non patitur testes esse; adeo ut, si de statu testis producti dubitetur, liberne an servus sit, audiatur quidem, & perfectum habeatur testimonium, si deinde liber pronuncietur; si vero servus, ipso jure nullum sit, *l. quoniam* 11. & *auth. si testis C. h. t.* Nisi causa sit ardua ad rei publicæ spectans utilitatem; aut aliæ desint probationes, *l. vix certis* 53. *ff. de judiciis, l. servi* 7. *ff. h. t. l. ult. ff. de suspect. tutor.* In ceteris tamen veritas ex iis per tormenta inquiri potest, *l.* 1. §. 4. & *seqq. ff. de quæst.* neque quicquam intercedit, quo minus liberi facti de illis deponant, quæ in servitute viderint audiverintve, arg. *l. notionem* 99. §. *ult. ff. de verb. signif.* Contra, quam in iis, qui puberes facti, dicendum foret; quippe quorum testimonia de his, quæ durante impubere ætate gesta sunt, haud recipienda; cum ætas ea, quid videat, ignoret; neque quicquam posse scire intelligatur, *l.* 1. *in fine C. de falsa moneta, l. ult. ff. de juris & facti ignorant.* ac ne præsens quidem satis apte dici queat, *l. ult. de verbor. signif.* Nec aliud de iis statuendum, qui remittente furore ad sanam mentem reversi sunt: nam nec hi furoris tempore ulli negotio præsentes fuisse videri possunt, *l. ubi non voce* 124. §. 1. *ff. de reg. juris, d. l. ult. ff. de verb. signif.* Et sane, si furiosus ne id quidem intelligat, quod ipse agit, qui, quæso, perciperet, &, si non perceperit, qui edissereret, quæ per alios gesta sunt?

3. Quibusdam tantum causis aut personis testimonium plures perhibere prohibentur. Etenim primo quidem generaliter omne reprobatum domesticum testimonium, quod non ex cohabitatione sed magis ex familia & potestatis jure æstimandum est, *l. etiam* 3. *C. h. t. l. pen. ff. h. t.* §. *in testibus* 9. *Instit. de testam. ordinand.* junct. *l. pater* 17. *ff. h. t.* *l. pronunciatio* 195. §. 2. *ff. de verbor. signif.* Ræwardus *lib.* 2. *varior. cap.* 8. Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 163. *gloss.* 1. unde & idoneos non videri testes, quibus imperari potest ut testes sint, pro regula traditum, *l. idonei* 6. *ff. h. t.* Quibus non immerito adnumeraveris famulos ancillasque producentis, quamdiu in ministerio ejus sunt ac mercede fruuntur, non postea, arg. *l. perspiciendum* 11. §. 1. *ff. de pœnis.* Donellus *ad l.* 2. *C. h. t. n. ult.* ut & lictores similesque prætoribus & aliis publico nomine accusantibus inservientes, in causis per prætores intentatis, Leeuwen *cens. for. par.* 2. *lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 3. §. 7. Adde Martam *ff. juris noviss. tom.* 2. *tit. berroarii cap.* 1. Plane, si publicanus fraudationem detegat, præsente apparitore & mensore jurato, plena fraudationis probatio jure singulari facta creditur, secundum ea quæ Zelandis placuerunt *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 1103. & *pag.* 1104. *art.* 4. & *pag.* 1113. *art.* 9. Sed nec pater filio, nec filius patri recte in judiciis testis est, utcunque patria potestas jam dissoluta fuerit, *l. testis idoneus* 9. *ff. h. t. l. parentes* 6. *C. h. t.* adeo ut ne inter duos quidem filios pater testis audiendus sit; eo quod pro uno contra alterum tunc perhibens testimonium, in legem utramque impingeret supra allegatam, quippe quarum una vetat, ne pater pro filio, altera, ne contra filium testis fiat. Nec est, quod regeratur, æquali, qua pater erga filium utrumque duci præsumitur, affectionis causa amoveri fraudis atque falsitatis suspicionem, *l. non solum* 67. §. *de uno* 1. *ff. de ritu nupt.* Nam etsi tunc pulsus videatur fraudis metus, non tamen cessat a pietatis officio desumta ratio, quæ patrem contra filium testari non patitur, convenienter *d. l.* 6. *C. h. t.* ne ex testimonio in filium prolato inter patrem filiumque succrescat odiorum causa, ac dissidiis sejungantur, quos oportuerat in perpetuum sanctissimo amoris vinculo constrictos esse.

4. Pari fere ratione nec frater pro fratre, nec frater contra fratrem recte testis est; ne vel pro fratre testimonium dicendo, favori & affectioni fraternæ plus forte tribuat, quam veritati; vel contra eum deponens, sat raram inter fratres gratiam turbet. Eoque facit, quod inter eos, quibus invitis denunciari nequit, ut testimonium adversus conjunctas dicant personas, uti pater non numeratur, ita nec frater, quod tamen necesse esset, si fratri licuisset per leges contra fratrem testari, vide *l. lege Julia* 4. & *seqq. ff. h. t.* quodque frater fratrem non gravioris sed tantum levioris potest criminis reum facere, *l. si magnum* 15. *l. si sororem* 18. *C. de his qui accusare non possunt*, eo modo, quo & pater suum filium non debuit ex causa gravioris criminis ad supplicium offerre, *l. milites* 13. §. *ult. ff. de re militari.* Quibus positis, verius est, patris exemplo nec fratrem inter duos fratres suos litigantes testari posse, per rationes, ob quas id patri denegari supra adstructum est: licet aliud placuerit Merulæ *in sua praxi lib.* 4. *t.* 79. *cap.* 2. *n.* 4.

5. Similiter virum pro uxore, & vice versa, testem esse, exemplo grave est; cum enim ex artissimo matrimonii vinculo quasi in unum conjuges coaluerint & conjugalis affectio eam, quæ inter parentes liberosque intercedit, aut æquet aut superet, non potest non justissima talis testimonii reprobandi causa subesse, nec erraverit, qui hoc quoque domesticis cre-

diderit annumerandum, dum uxor in mariti sui potestate est, arg. *d. l. pronunciatio* 195. §. 2. *ff. de verb. signif. l.* 1. §. *si vir* 15. *ff. de Senatusc. Silanian.* Et quamvis nonnullis placeat, uxorem contra maritum suum non testari tantum posse, sed & invitam ad id ab adversario mariti compellendam, tamen id merito perquam durum Groenewegio visum fuit *ad l.* 3. *C. h. t.* Magisque est, ut uxor ne volens quidem contra maritum audiatur. Quo facit argumentum idem, quod superius in fratre adductum est, inter personas scilicet, quæ invitæ ad testimonium non coguntur, socerum quidem generumque nominari, sed ut patris & fratres, ita & uxoris aut mariti non cogendi altissimum in *d. l.* 4. & 6. *ff. h. t.* silentium esse, cum utique hi, qui principium affinitatis sunt, minus cogendi fuerint, quam ipsi affines, atque adeo horum quoque debuisset mentio esse, si non a testimonio in se invicem dicendo fuissent exclusi. Confer Sande *decis. Frisic. par.* 1. *t.* 10. *defin.* 3. Carpzovium *defin. for. par.* 1. *constit.* 16. *defin.* 51. 52.

6. Non etiam advocatus aut procurator in ea causa, cui patrocinium præstitit aut procurationem, idoneus testis est, *l. ult. C. h. t.* sive pro cliente, sive contra eum producatur; saltem non ad id, ut pandere cogeretur ea, quæ non aliunde quam ex revelatione clientis comperta habet, eo modo, quo & sacerdoti revelare ea, quæ ex auriculari didicit confessione, nefas est, *cap. sacerdos* 2. *distin.* 6. *de pœnitentia cap. omnis* 12. *in fine extra, de pœnitentiis & remission.* nam quod spectat alia aliunde cognita, nihil vetat, quo minus eorum intuitu contra suum clientem patronus deponere compellatur; ne alioquin in litigantis potestate sit, iis patronis assumtis, qui scientiam rei habent, adimere adversario probandi facultatem. Confer Annæum Robertum *rer. judicat. lib.* 2. *cap.* 19. Ant. Fabrum *C. lib.* 4. *t.* 15. *defin.* 19. *ibique notata.* Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *cons.* 33. Groenewegen *ad l. ult. ff. h. t.* Leeuwen *cens. for. par.* 2. *lib.* 1. *cap.* 29. *num.* 21. In alia plane causa, cui non assistit tanquam patronus aut procurator, quin testimonium jure perhibeat, sive pro eo, sive contra eum, cui ante alio in negotio patrocinium præstitit, aut etiamnum præstat, non videtur dubitandum, cum in eam causam, quam nunquam tractavit, præsumi non debeat peculiari ductus affectione. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *t.* 14. *defin.* 19. *in fine.* Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *t.* 10. *defin.* 4. *in fine.* Carpzovius *defin. for. par.* 1. *constit.* 16. *n.* 59.

7. Non longe dispar tutoris in causa pupilli conditio est; nam & hunc durante tutela non admitti ad testimonium pro pupillo dicendum, quoties ipse pro eo in judicio stat; admitti tamen, si per actorem a judice datum pupilli nomine lis agitetur, communiter receptum est, ut notat Carpzovius *defin. for. par.* 1. *constit.* 16. *defin.* 57. 58. non obstante eo, quod major videri possit tutoris in pupillum affectio esse, utrumque ipse pro eo in judicio non subsistat, quam ut fidem faceret. Cum enim illa præsumta tutorum in pupillos affectio non impediat, quo minus in causa pupillari, si velit, jusjurandum affectionis in litem præstent, *l. videamus* 4. *ff. de in litem jurando*, juris quoque ratio refragari haud videtur, quo minus de rei gestæ veritate jurato testentur, si modo de iis, quæ per alios gesta, non quæ ipsi tanquam tutores gesserunt, quorumque intuitu actione tutelæ conveniri possent, deponant: alias in re sua, seu ea ex qua damnum ipsis imminet, videantur testes esse: qua ratione nec executores negotiorum posse testari, habet *l. ult. ff. h. t.* Licet autem variis placeat, compellendum non esse tutorem invitum, ut contra pupillum suum testis sit, quia tamen nuspiam tutores inter illas recensentur personas, quæ invitæ ad testimonium contra pupillos dicendum cogi nequeunt, rectius eos sub regula, testium coactionem comprobante, comprehenderis, ne veritas in occulto sit, arg. *l. lege Julia* 4. & *seqq. ff. h. t.* Adde Berlichium *decis.* 266.

8. Proxenetam inter eos, inter quos ministerium accommodavit, de eo quod actum est testari non posse, nisi utraque parte consentiente, Romanis placuit, *nov.* 90. *cap. quoniam* 8. nisi forte rectius illud *cap.* 8. accipiatur de proxeneta invito ad testimonium haud cogendo, nisi pars utraque in id consentiat. Sane ex usu hodierno invaluit, eum etiam altero invito deponere posse de iis, quæ nomine officii ut proxeneta gessit, in quibus & libris ejus statur, si publice constitutus sit, ut mercatorum ipsorum libris stari solet. Groenewegen *ad rubric. ff. de proxeneticis*, nisi libri ipsius pugnent, aut saltem non conveniant satis cum libris mercatoris illius, qui ejus depositione uti vult, aut negetur ad negotium parandum rogatus esse, & in ejus deficiat probatione. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 181.

9. Porro nec socius in causa sibi cum socio communi satis recte testatur, arg. *l.* 1. *C. de commun. rerum alienat. l.* 1. §. *in propria* 11. *ff. quando appelland. sit*, nec cedens in causa cessionarii; nec auctor in causa ejus, in quem rem alienavit; eo quod hi omnes viderentur in re propria quodammodo testes esse, dum causa mihi cum alio communis mea pro parte est, & cedens ac auctor de evictione vel eo quod interest ob rem evictam obligari solent; omnibus autem rei propriæ, vel negotio ex quo lucrum sperat damnumve metuunt, testimonii dicendi facultatem jura submoverunt, *l. nullus* 10. *ff. h. t. omnibus* 10. *C. h. t.*

10. Non denique minor annis viginti in causis criminalibus idoneus testis est, nisi forte, ut faciat indicium, *l. in testimonium* 20. *ff. h. t.* nec particeps criminis contra criminis socium, *l. quoniam* 11. *C. h. t.* nec libertus contra patronum, *l. libertorum* 12. *C. h. t.* nec inimicus capitalis contra inimicum, *l.* 3. *ff. h. t.* junct. *l. si quis testibus* 16. *C. h. t. nov.* 90. *cap. si vero* 7.

11. Contra vero testis esse potest cæcus de causis illis, quæ visum non requirunt, aut de iis, quæ vidit ante cæcitatem: & mutus aut surdus extra testamenta de his, quæ clare potest indicare: & fœmina in causis criminalibus, atque civilibus non testamentariis, *l. ex eo* 18. *ff. h. t.* & subditus in causa Principis: & municeps in causa municipii, quoties illa non principaliter singulorum respicit utilitatem, arg. *l. sicut* 7. §. 1. *ff. quod cujusque universit. nomine, l. sed si hac* 10. §. *qui manumittitur* 4. *ff. de in jus voc.* Carpzovius *defin. for. par.* 1. *constit.* 16. *defin.* 65. Adde Menochium *de arbitrar. judic. casu* 106. Mascardum *de probat. concl.* 318. & creditor & fidejussor in causa sui debitoris ejusque pro quo intercessit, aut confidejussoris, si modo debitor aut confidejussor abunde solvendo sit, sic ut nec creditori nec fidejussori immi-

neat damni metus. Mascardus *de probation. concl.* 785. *fidejussor. an pro principali testis esse possit.* Carpzovius *defin. forens. par.* 1. *constit.* 16. *defin.* 67. Hippolitus de Marsiliis *de fidejussoribus*, *num.* 381. 382. Pyrrhus Maurus *de fidejussor. partis secundæ principalis sect.* 3. *cap.* 3. *num.* 14. *& seqq.* Delatorem quoque criminis posse de eo testem esse, ubi alius publico nomine accusator existit, vulgo obtinuit. Christinæus *ad Leg. Mechl. tit.* 1. *art.* 35. *n.* 6. Carpzovius *d. par.* 1. *constit.* 16. *def.* 66. Sed & in causa creditorum, de protopraxia disputantium, recte testimonium perhiberi per debitorem, quoties ab uno creditorum rogatus est, a Curia Ultrajectina judicatum refert Radelantius *Curiæ Ultraject. decis.* 36. Infamia quoque facti notatum, aut alias vilem & abjectum, nec non amicum, cognatum, ac familiarem pro amico, vel cognato, inimicum non capitalem contra inimicum testari, legibus permissum est; ut tamen hi non habeantur tunc omni exceptione majores, *l. testium fides* 3. *pr. ff. h. t.* ac ex jure Romano harenariorum aliorumque similium testium viliorum testimonio credendum non fuerit sine tormentis, *l. ob carmen* 21. §. *si ea* 2. *ff. h. t. nov.* 90. *c.* 1. §. 1. Plane si inimici pro inimico, amici familiares ac cognati contra cognatum, amicum ac familiarem deponant, ratio non est, cur non plenissimam judici fidem faciant; licet verum sit, multos ob sanguinis aut affinitatis arctius vinculum compelli invitos non posse, ut in affinem cognatumve testimonium ferant, ut post dicetur. Si tamen testis productus contra ipsum producentem deponat, se pretio ab eo ad depositionem, quam fecit, redemtum esse, vix est, ut ei fides habenda sit; tum quia is, qui pecuniam ob dicendum vel non dicendum testimonium accepisse judicatus, aut convictus, aut confessus fuit, a testimonio dicendo per legem Juliam exclusus est, *l. testium fides* 3. *lege Julia* 5. *ff. h. t.*; tum quia propriam allegans turpitudinem audiendus non est; tum denique, quia merito metuendum, ne forte pretio majore corruptus sit ad id, ut se pretio corruptum fateatur; eo fere modo quo ille, qui omni modo venalis, a Titio pecuniam acceperat, ut Mævio litem iniquam moveret, iterumque a Mævio ipso, ne ei litem calumniosam inferret, juxta *l. et generaliter* 3. §. *ult. ff. de calumniator.*

12. Interim moribus nostris fere obtinet, ut omnes omnino testes producti audiantur, salva adversario, contra quem producti, reprobandi licentia, Groenewegen *ad l.* 24. *ff. h. t.* dum tamen meminerimus, etiam aliquando illos, quos a testimonio repelli supra dictum, fidem judici posse facere, puta, si vel pro rei innocentia producantur; dum satius est, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnari, *l. absentem* 5. *ff. de pœnis*, vel ex natura delicti difficilis sit probatio ejus, ut in furto, adulterio, similibusque contingit, uti & in criminibus nocturno tempore locoque solitario perpetratis; saltem ad id, ut arbitrio judicis quæstionum adhibitioni possit locus esse, secundum ea, quæ post plures alios citatos habet Sim. van Leeuwen *cent. for. par.* 2. *lib.* 2. *cap.* 7. *n.* 5. 6. 16. *&* 17.

13. Testes autem etiam invitos produci, & ad testimonium in causa civili vel criminali dicendum compelli per judicem, non item per arbitrum jurisdictione carentem, ordinarium est, & jure quidem Romano captis pignoribus, indicta multa, aliisque vulgatis ad factum cogendi modis, *l. constitutio* 16. *l. si quando* 19. *C. h. t.* junct. §. *pen. Institut. de satisdat. tut. l. unic. ff. si quis jus dicenti non obtemperaverit*, Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 100. nostris vero & aliorum moribus etiam mediante arresto, ut dictum *tit. de in jus vocando n.* 25. præcipue civili custodia (*by dyselinge*), si in territorio deprehendantur aut domicilium foveant, quam si contumaciter sat diu perpessit fuerint; tandem ex notissima civilis custodiæ praxi in facti non præstiti æstimationem pecuniariam, a judice pro re nata taxandam, damnandi sunt. *Ordonnantie op de Iustitie in de Steden en ten platten Lande van Holland* 1. *Apr.* 1580. *art.* 8. Groenewegen *ad l.* 15. §. 1. *C. h. t.* Ne dicam, olim ex lege duodecim tabularum improbos & intestabiles fuisse habitos qui tanquam testes negotio adhibiti fuerant, si noluissent deinde testimonium dicere. Ravardus *ad leg.* 12. *tabular. cap.* 10. Quod si quis jurejurando semet obstrinxerit, se ea, quæ comperta habet, aut quæ sibi privatim sub fide silentii revelata sunt, non propalaturum, non eo minus de eo testimonium perhibere compelli potest; cum jusjurandum in veritatis præjudicium interpositum servari non debeat, ne fiat vinculum iniquitatis, *cap. pervenit* 4. *extra de testibus cogendis vel non.* Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 100. *n.* 3. *et seqq.*

14. Non tamen inviti cogi possunt senes memoriæ imbecillitate laborantes, valetudinarii, milites, *l.* 3. §. *ult. l. inviti* 8. *ff. h. t.* nec illustres, *l. constitutio* 16. *C. h. t.* arg. *d. l.* 8. *in fine ff. h. t.* nec publicani, & qui quid exercitui præbendum conduxerunt, *l. inviti* 19. *ff. h. t.* Ravardus *lib.* 3. *varior. cap.* 4. nec cognatione vel affinitate propinquiore juncti, lege Julia recensiti, *l.* 4. *l.* 5. *ff. h. t.* nec liberti adversus patronos, & vice versa, *d. l.* 4. *in fine ff. h. t.* nec quisquam de facto ex quo dedecus, infamiam, aut delictum proprium detegeret, veluti an furtum ope juverit, an lenocinio præbuerit adulterio occasionem &c. Mynsingerus *cent.* 6. *observ.* 91. Berlichius *decis.* 16. Leeuwen *cens. for. par.* 2. *lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 7. *in fine.* An actor unum ex pluribus reis, vel reus unum ex pluribus actoribus possit ad testimonium contra reliquos cogere, vide apud Berlichium *decis.* 265. Plane moribus hodiernis publicanos a ceteris ad testimonium cogendis haud esse separandos, auctor est Groenewegen *ad d. l.* 19. *ff. h. t.* & in subsidium, aliis probationibus deficientibus, proximos etiam sanguine vel affinitate junctos, quin & ipsam subinde uxorem, compelli posse, ut contra proximos, ac proprium maritum deponant, aliquando judicatum refert Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 10. *defin.* 3. Carpzovius *defin. forens. par.* 1. *constit.* 16. *defin.* 51. 52. Adde *bellum juridicum casu* 50.

15. Producendi autem in judicio testes sumtibus producentis, qui etiam ipsis testibus subministrandi sunt, ad iter & ad se exhibendos, quamdiu testimonii causa detinentur, ac distringuntur, ne officium damnosum sit, *l. testium fides* 3. §. *Gabinii* 4. *ff. h. t. l. quoniam* 11. *l. constitutio* 16. *l. pen. C. h. t. l. eos, qui* 6. §. *si quis* 2. *C. de appellation.* Instructio Curiæ Hollandicæ *art.* 130. Brabantinæ *art.* 58. Flandricæ *art.* 59. Producti vero interrogandi singuli seorsim, non plures simul, præsertim in criminalibus. *Ordonnantie op de Styl van de Procedure in Criminele saken van*

Kon. Philippus 9. *Jul.* 1570. *art.* 25. ac jurisjurandi religione per judicem, priusquam perhibeant testimonium, arctandi, *l. jurisjurandi* 9. *l. constitutio* 16. *C. h. t.* aut secundum mores nostros jam perhibitum solemni firmant jurejurando, citata ad id adversa parte ac præsente, aut per contumaciam absente, *l. pen. C. h. t. nov.* 90. *cap.* & *hoc vero* 9. ita, ut non credulitatis aut opinionis suæ, sed veritatis jusjurandum præstent, ac de certa sua deponant scientia; nisi forte de consanguinitate vel affinitate probanda agatur, ubi de auditu, de fama, de relatione aliorum deponentes fidem facere, tradit Mascardus *de probation. conclus.* 60. Carpzovius *defin. for. pao.* 1. *constit.* 23. *defin.* 12. Estque a teste producto exigendum hoc jusjurandum in continenti, non ex intervallo. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 101. *num.* 9. 10. Testimoniis solis, seu scriptis testium depositionibus in judicio productis judicique exhibitis fides plena adhibenda non est; unde & ab Hadriano Imperatore rescriptum fuit, *testibus, non testimoniis credendum esse*, ac *aliam esse auctoritatem præsentium testium, aliam testimoniorum quæ recitari solent*, *l. testium fides* 3. §. *idem Divus* 3. & §. 4. *ff. h. t.* eo quod judex optime ex testium præsentium vacillatione aut constantia reliquisque circumstantiis statuere potest, quantum depositioni eorum tribuendum sit, dum non satis certis regulis definiri potest, quæ cuique rei probandæ argumenta sufficiant, sed judicem ex animi sui sententia æstimare oporter, quid aut credat, aut parum probatum sibi opinetur, *d. l.* 3. §. *ejusdem* 2. *ff. h. t.* Qua ratione etiam hodie obtinet, non aliter depositiones testium ratas esse, quam si coram judice per testes solemniter repetitæ fuerint ac confirmatæ, citata adversa parte, ut, si sibi expedire credat, eosdem testes contra se productos etiam pro se interrogari desideret: quali desiderio judex annuere tenetur. *Instruct. Curiæ Holl. art.* 129. *Ordonnancie op de Justitie in de Steden en ten platten Lande van Holland.* 1. *Apr.* 1580. *art.* 15. Jacob. Coren *consil.* 13. *n.* 4. & *seqq.* Imo in criminalibus etiam non rogatum in ea ex testibus contra reum productis inquirere, quæ pro rei faciunt defensione, æquum est, ne insons pereat. *Ordonnantie op de sty van de Procedurem in Criminalen* ... *van Kon. Philippus* 9. *Jul.* 1570. *art.* 24. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1050. Si tamen adversarius non præcise urgeat solemnem testimonii exhibiti repetitionem in judicio seu confirmationem, & testes integræ famæ ac honorati viri, omni exceptione majores sint, deque eorum agatur probatione, quam adversarius non absolute negat, sed a se ignorari obtendit, magis est ut & hisce judici fides fiat. Jacob. Coren *observ.* 32. *in pr.* Simili modo si longinqua peregrinatio testium aut mortalites impedimento fuerit, quo minus solemnem faciant in judicio depositionis suæ juratamque repetitionem, mors pro confirmatione ac repetitione est; pari fere ratione, qua et libros mercatorum morte firmari, in præcedente titulo dictum fuit, arg. *l. ult. C. h. t. Ordonnantie op de Justitie in de Steden en ten platten Lande van Holland.* 1. *Apr.* 1580. *art.* 17. *Instructio Curiæ Flandricæ art.* 324. Ant. Faber. *C. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 40. Jacobus Coren *d. observ.* 32. *n.* 11. & *seqq.* Ubi autem testimonia non solemniter repetita, seu confirmata, semel in judicio producta sunt, repetitio omnis ac confirmatio ulterior deinceps in Hollandia impedita est, ex decreto Curiæ Hollandicæ 22. *Februarii* 1588. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1427. quod et innuitur in edicto Philippi Hisp. Regis criminali 5. *Julii* 1570. *art.* 51. *d. vol.* 2. *pag.* 1027.

16. Quod si testes extra territorium judicis, coram quo lis pendet, commorentur, ac longius absint, quam ut rogati venirent ad locum judicii, dum cum nimis magna captione ac damno suo a re familiari avocarentur; judici loci, in quo commorantur, secundum mores nostros per litteras (requisitoriales vulgo dictas) legitime rogato examen committi potest, citata adversa parte aut procuratore ejus, atque ita ad locum judicii depositiones remitti, perinde valituræ, ac si in ipso judicii loco fuissent confirmatæ, *l. judices* 18. *C. de fide instrum. l. constitutio* 16. *C. h. t. Ordonnantie op de Justitie in de Steden en ten platten Lande van Holland* 1. *April.* 1580. *art.* 15. Et quamvis jure civili tantum in causis civilibus, non item in criminalibus, per alium judicem videatur examen testium potuisse peragi, *l. testium fides* 3. §. *idem* 3. *ff. h. t. authent. apud C. de fide instrument.* tamen nunc in ipsis quoque criminalibus negotiis id fieri posse, receptum est. Groenewegen *ad l.* 16. *in fine C. h. t.* nisi momentum negotii moveat judicem ad ipsorum testium peregre degentium præsentiam producenti imponendam. Guilielm. Grotius *Isagog. ad praxin Hollandiæ lib.* 2. *c.* 4. *n.* 34. aut judex, apud quem lis pendet, consultum judicet, aliquem ad examen testium extra suum territorium degentium speciatim delegare, cui tunc jus territorii seu jurisdictionem per magistratum illius loci ex comitate indulgeri, ubi id per literas requisitoriales petitum est, monet Wassenaar *in praxi civili cap.* 1. *num.* 165.

17. Productio vero testium secundum jus Romanum non prima tantum permissa est, sed secunda ac tertia; non item quarta, nisi causa cognita, ac præstito per producentem jurejurando, sibi testium priorum depositiones non innotuisse, *nov.* 90. *cap. quia vero* 4. Nec regulariter unus idemque testis in eadem causa amplius quam semel producendus est, arg. *l. ult. C. h. t.* nisi forte jubente judice ad id producatur, ut testimonium suum dubium apertius declaret. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 2. Sed &, si testis post examen recordetur, se in aliqua depositionis suæ parte errasse, errorem in continenti, vel saltem antequam cum alterutro litigantium locutus fuerit ob metum subornationis, corrigere non prohibetur, ita ut relinquatur id, in quo erratum est, quo sciri semper possit, quid prius sit depositum, sed emendatio subjiciatur, cum ratione ejus & tempore mutationis, *cap. præterea* 7. *extra, de testibus cogendis vel non*, arg. *nov.* 90. *cap.* 4. *in med.* Jul. Clarus §. *fin. q.* 53. *n.* 15. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 30. *num.* 7. Menochius *de arbitr. judicum lib.* 2. *casu* 108. *n.* 4. & *seqq.* Damhouderus *praxi civili cap.* 170. *n.* 25. 26. Alioquin testes vacillantes, contraria ex intervallo deponentes, pro integris habendi non sunt, *l.* 2. *ff. h. t.* aut si quæ iis fides habenda sit, magis in iis, quæ prius testati sunt, ex vero deposuisse; postea vero ex subornatione in contraria ivisse, præsumendi forent. Vide Menochium *d. casu* 108. Jul. Clarum *d. qu.* 53. Covarruviam *variar. resol. lib.* 2. *c.* 13. *n.* 18. Tachinæum *controvers. lib.* 9. *cap.* 84. 85.

18. Peracta testium productione publicationes depositionum fiunt, *nov.* 90. *cap.* 8. *in med.* junct. *cap.* 4. Damhouderus *praxi civili cap.* 152. quod & nunc ser-

vatur; licet olim in Holland. tales publicationes improbatæ fuerint, donec *placito Philippi Hisp. Regis*, 17. *Decembr. anni* 1555. & subsecuta interpretatione 23. *Martii* 1556. earundem usus inductus fuit, *vol.* 2. *placit. pag.* 1483. *in fine*, & *pag.* 1487. Vide tamen tempore antiquiorem instructionem Curiæ Holl. *art.* 146. Ante publicationem nec tabellioni nec judici licet eas adversæ parti communicare. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 11. 12. Post publicationem ultra litigantibus alios testes producendi potestas non est, ne subornatio fiat, *d. nov.* 90. *cap.* 4. *pr.* & §. 1. nisi ad id in Holl. specialis restitutio a suprema Curia impetrata fuerit, quæ etiam vix solet denegari. Groenewegen *ad auth. at qui semel C. de probat.* Cui consequens est, ut & tertius, qui in lite intervenit, hac saltem mediante restitutione, audiendus sit, testes pro se producere cupiens, postquam jam actor ac reus principalis ulteriori renunciaverant testium productioni, & ita publicatio depositionum secuta fuerat. Vid. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 71. *num.* 12. & *seqq.* Quin & ad faciendam testium reprobationem aut salvationem novos produci testes præcedente interlocutoria judicis sententia, in praxi servatur, quoties id, quod circa testes probandum est, causam multum allevaturum creditur aut depressurum.

19. Sciendum namque, unicuique tum actori tam reo concessam esse testium contra se productorum ac testimoniorum reprobationem, *l. si quis testibus* 17. *l. ult. C. h. t. auth. si testis C. h. tit.* quæ multis ex causis fieri potest, veluti, quod testes sint inidonei, pretio vel aliter corrupti, ex amicitia, cognatione, affinitate suspecti, ex ea lite damnum metuentes lucrumve sperantes, sibi ipsis vel sibi invicem contradicentes, aut vacillantes, aut non recte producti vel examinati, aliisque quam plurimis modis; quibus tamen a producente salvationes opponi moris est; quæ universa hic contexere operosum nimis esset; atque insuper sat magnas tum reprobationum tum salvationum classes abunde jam construxerunt; videndi latius, Menochius *de arbitr. jud. lib.* 2. *casu* 96. & *multis seqq. ad casum* 112. Joh. Andr. Doruspergerus *syntagm. probationum lib.* 1. *cap.* 26. & *seqq.* Damhouderus *praxi civili cap.* 171. 172. 183. 184. 185. 186. 187. 188. Merula *praxi lib.* 4. *tot. tit.* 78. & *tit.* 79. Wassenaar *pract. Judicieel cap.* 1. *num.* 183. & *seqq. ad n.* 218. Leeuwen *cens. for. par.* 2. *lib.* 2. *cap.* 7. In quibus omnibus quantopere locum inveniat arbitrium judicis, jam supra ex *l.* 3. §. 1. 2. 3. *ff. h. t.* adnotatum est.

20. Ut autem plena fiat per testes probatio, duo ad minimum adhibendi idonei, ubi speciatim testium numerus expressus non est, *l. ubi num.* 12. *ff. h. t.* Nec judex promiscue plurimorum testium productionem in una eademque causa permittere debet, sed illius tantum numeri pati evocationem, quem necessarium esse putaverit, ne effrenata potestate ad vexandos homines superflua multitudo testium protrahatur, *l.* 1. *in fine ff. h. t.* Quibus vero in casibus plures desiderentur, cum in propriis locis observatum sit, non est, quod hic recenseatur, ubi brevitati studendum censui, multaque consulto prætermisi, quæ non aliunde rectius, quam ex usu & quotidiana litium ipsarum tractatione disci possunt, quibusque pertractandis ingentia plures volumina adornarunt.

TITULUS VI.

De Juris & Facti Ignorantia.

SUMMARIA.

1. *Error juris naturæ aut gentium neminem excusat.*
2. *An excuset ignorantia juris civilis, communis aut statutarii?*
3. *Qui, & quando impune possint jus civile ignorare? ubi de minoribus, militibus, fœminis, rusticitate laborantibus.*
4. *Error juris civilis omnes excusat a dolo, & a doli pœnis.*
5. *Quo modo juris error acquirere volentibus non prosit? An noceat in damnis amittendæ & in damnis amissæ rei?*
6. *Error facti probabilis non nocet in delictis ac contractibus, ac prodest ad usucapionem.*
7. *Quæ sit ignorantia facti supina & affectata? An, & quando facti proprii ignorantia possit probabilis esse? Quæ sit regula generalis circa facti ignorantiam?*

1. IGnorantia seu error secundum tituli inscriptionem duplex est, juris scilicet & facti. Juris ignorantia est, cum quis ignorat ea, quæ legibus cauta sunt. Quæ si circa jus divinum aut naturæ aut gentium versetur, culpæ latæ merito annumeratur, nec ulli intellectu & ratione prædito ac doli capaci præbet excusationem. Qua ratione filius, qui parentem in jus vocavit sine venia, immunis haud erit a pœna aureorum quinquaginta, si juris ignorantiam alleget ac rusticitatem; cum jure naturæ parentibus honorem ac reverentiam exhibendam esse, nec quicquam temere in eos oportere committi, scire potuerit, vel saltem non debuerit ignorare, *l.* 2. *C. de in jus voc.* Nec evitabit incestus coercitionem mas aut fœmina, si cum noverca aut privigna incestus perpetratus sit juris errore, *l. si adulterium* 38. *pr.* junct. §. 2. *ff. ad leg. Jul. de adult.* Supinum certe & affectatum errorem non satis excusatum, nec ferendum esse, Ulpianus docet *l. nec supina* 6. *ff. h. tit.* talem vero esse, si omnes in civitate sciant, quod unus solus aut pauci ignorant, Paulus auctor est *l. regula est* 9. §. *sed facti* 2. *ff. h. t.* Cum ergo naturæ gentiumque jura omni humano generi communia sint, §. 1. & 2. *Instit. de jure naturali gent. & civili*, *l.* 1. §. *ult. ff. de justit. & jure*, non potest quis sine summæ negligentiæ vitio eorundem ignorantiam obtendere ad sui defensionem.

2. Nec aliud statuendum de errore juris civilis illius, quod tantum comprobatione tale est, seu, quod est in civitate receptum, cum id jam ante simpliciter rectæ rationis dictamen induxisset. Sed si jus civile sit tale origine, videndum, an universale sit an particulare. Universale si sit, quod nempe in imperio aliquo vel regno vel republica omnes obligat, non satis recte quis talis territorii indigena ab allegata juris illius ignorantia ullum sibi præsidium quæsiverit; eo quod secundum rescripta Principum leges, quæ constringunt hominum vitas, intelligi ab omnibus debent, ut universi, præscripto earum manifestius cognito, vel inhibita declinent, vel permissa sectentur, *l. leges sacratissimæ* 9. *C. de legibus*, & constitu-

tiones Principum neque ignorare cuiquam neque dissimulare concessum est, *l. pen. C. h. t.* Sin juris civilis particularis; id est, statutarii certæ civitatis, vici, pagi, ignorantia intervenerit, difficulter civitatis istius cives excusabit; facilius exteros, ut ut juris communis peritos; quippe quibus uti turpe videri potest ex Quinti Mucii sententia, jus illud, in quo versantur, ignorare, *l. 2. §. servus 45. ff. de orig. juris*, ita a contrario nulli inurenda turpitudinis nota, si peregrinæ regionis jura non omni ex parte comperta sibi habeant ac perspecta, atque ita per ignorantiam in ea impingant. Adde *tit. de legibus n. 9. in fine*.

3. Nonnullis tamen personis jura civilia ignorare impune licet: primo namque ætatis favor & lubricum id dedit minoribus, *l. regula 9. pr. ff. h. t. l. cum ignorantia 2. leg. quamvis 11. C. h. t.* Unde si juris errore mutuum dederint filiofamilias, aut mulieris receperint fidejussionem pro alieno debito, nec debitor solvendo sit, aut ipsi solverint, indebitum repetere vel exigere possunt, mediante saltem in integrum restitutione, nulla Macedoniani aut Vellejani exceptione removendi, *l. verum vel 11. §. ult. l. 12. ff. de minor. 25. annis l. 2. C. si adversus solutionem.* Militiæ quoque honor effecit, ne juris ignorantia militibus damnosa sit. Atque ita, si filiusfamilias miles, a commilitone heres institutus patris expectet consensum ad aditionem: dum ignorat, sibi licere sine parentis assensu adire, non cedet ei aditionis dies legibus alias præfinitus, *l. regula est, 9. §. si filiusfamilias 1. ff. h. t.* Ac his similia alia occurrunt in *l. 1. C. de jure deliberandi, l. omnibus 3. C. de vectigal. et commissis leg. pen. C. de his, qui sibi adscribunt in testam.* Sexus etiam intuitu juris ignorantia non quidem in omnibus, sed pluribus in casibus, per leges expressis, excusationem fœminis præbet, *l. ult. C. h. t. l. regula est 9. ff. h. t.* in ceteris enim jure communi utuntur, si majores sint, *l. si emancipata 3. l. quamvis 11. C. h. t.* Casus autem in jure expressi sunt, si mulier jussu matris legatum sibi adscripserit, ignara id esse prohibitum; quippe quæ nullam inde falsi pœnam metuere debet, *leg. Divus Claudius 15. §. antepen. et pen. ff. ad legem Cornel. de falsis*, si ex sua solverit intercessione; ignara, se Vellejani beneficio tutam esse, et solutum tanquam indebitum repetere velit, *l. quamvis mulier 9. C. ad senatusc. Vellejan.* si incestum commiserit solo jure civili interdictum, *l. si adulterium 38. §. quare 2. ff. ad leg. Jul. de adulteriis*, si ignara juris sui, semet ipsam detulerit, *l. 2. §. ult. ff. de jure fisci.* Denique simplicitas atque rusticitas aliquando delinquenti præstat excusationem, si is ejus conditionis sit, ut simplicitas aut rusticitas in eo videatur toleranda. Si quis enim non dolo, sed rusticitate, album prætoris corruperit, eum ex edicto de albo corrupto non teneri, Ulpianus scribit *l. si quis id 7. §. doli 4. ff. de jurisd.* Sed et iis succursum, qui litigaturi, per rusticitatem non ediderunt actionem, *l. 1. §. ult. ff. de edendo*, aut in jus vocati non iverunt, *l. 2. §. 1. ff. si quis in jus vocatus non iverit*, quive, scientes testatorem occisum esse, tabulas testamenti aperuerunt ex rusticitate, ignari, prius de familia quæstiones habendas esse ac de nocentibus supplicium sumendum, *l. si quis in gravi 3 §. et si sciens 22. ff. de Senatusconsult. Silanian.*

4. Reliquos haud exceptos error juris uti excusat a dolo, ita quoque liberos efficit a pœnis illis, quæ solis dolo delinquentibus propositæ sunt; licet aliæ sæviores pœnæ plerumque in jure errantibus, tanquam culpa non vacuis, imponi soleant. Hinc qui rem suam privatim iniquo eripit possessori, putans id sibi per leges licere, nulla quidem pœnali de vi bonorum raptorum actione in quadruplum damnari potest, dominio tamen rei suæ eundem ob id excidere, constitutum est, *§. 1. Instit. de vi bon. raptorum.*

5. De cetero in negotiis gerendis circa juris errorem regula est, juris ignorantiam non prodesse acquirere volentibus, *l. juris ignorantia 7. l. regula 9. §. sed juris 3. ff. h. t.* ac ne fœminis quidem in compendiis prodesse, *leg. error facti 8. ff. h. t.* ideoque nunquam in usucapionibus juris errorem proficere possessori, *l. nunquam 31. ff. de usurpat. l. juris ignorantiam 4. ff. h. t.* Et est axioma alterum, *juris errorem cuique nocere*, *d. l. regula 9. ff. h. t.* quod tamen perpetuum non est. Aut enim in jure errans agit de damnis amittendæ rei, aut de damnis rei jam amissæ, seu jure dominii in alium jam translatæ. Quod spectat damna amittendæ rei, a Papiniano responsum est, juris ignorantiam *suum petentibus haud nocere*, seu, quod eodem redit, *juris errorem in damnis amittendæ rei suæ non nocere*, *l. 7. in fine, l. 8. in fine ff. h. t.* Qua ratione nemo prohibetur rem suam apud alium existentem vindicare, suamve petere hereditatem ab alio possessam, utcunque annis pluribus existimaverit, errore juris lapsum, possessorem rerum illarum dominum esse. Et vice versa, si quis errore juris existimans hereditatem aliquam ad se pertinere, eam diutius possederit, & fructus inde perceptos jure possessionis bonæ fidei suos fecerit, de fructibus consumtis conveniri non potest, quatenus inde locupletior factus non est, atque ita rursus juris error in damnis amittendæ rei suæ non nocet, *l. sed & si lege 25. §. scire 6. junct. §. consuluit 11. ff. de petit. hered.* Contra sese res habet in damnis rei errore juris jam amissæ, quippe cujus recuperationi error juris impedimento est; ac ad id restringendum generalius a Paulo in *l. 9. ff. h. t.* pro regula traditum, *errorem juris nocere.* Et hoc nititur fundamento, quod constitutum est in *l. cum ignorantia 2. C. h. t.* majorennem, qui juris ignorantia maternæ renunciaverat hereditati, atque ita eandem amiserat, sera prece desiderare, sibi subveniri. Nec aliunde est, quod Ulpianus tradidit, eum, qui juris ignorantia patremfamilias credebat esse cui mutuum numerabat, cum filiusfamilias esset, Macedoniani exceptione perinde repellendum, ac si vel sciens, vel vana deceptus simplicitate, filiofamilias mutuum dedisset, *l. si quis patremfamilias 3. pr. ff. ad senatuscon. Macedon.* Sed & hinc descendit, quod fidejussor mandati actione repetere soluta nequeat, quoties juris ignorantia lapsus nescivit se inutiliter obligatum esse, *l. si fidejussor 29. §. non male 1. ff. mandati.* Ea eadem denique causa est, quod neque legata errore juris supra dodrantem soluta, neque ullum aliud errore juris indebite solutum, condici potest, tanquam indebitum, *l. cum quis jus 10. C. h. t. l. regula est, 9. §. si quis jus 5. h. t l. error 9. C. ad leg. Falcid.* de quo latius actum *tit. re condict. indeb. n. 7.*

6. Facti ignorantia vel probabilis est, vel supina & affectata. Probabilis ut plurimum esse creditur ignorantia facti alieni, qua & prudentissimi labi possunt, *l. 2. ff. h. t.* præsertim, cum a nullo delatoria curiosi-

tas & scrupulosa inquisitio exigenda sit, *l. nec supina* 6. *l. regula est* 9. §. *sed facti* 2. *ff. b. t.* Unde & pro ignorantia tali præsumtio est, adeo ut adversario, tanquam affirmanti, regulariter incumbat scientiæ probatio, arg. *l. verius* 21. *ff. de probation. l. actor.* 23. *C. eod.* Nec hæc solet erranti obesse, *l. error* 7. *C. b. t. l. error facti* 8. *l.* 9. *pr.* & §. 2. *ff. b. t. l. error facti* 8. *l.* 9. *pr.* & §. 2. *ff. b. t.* sive de delictis, sive de contractibus, aliisque similibus quæstio sit. Sic enim a furti & injuriarum & incestus pœnis liberum esse placuit eum, qui ex errore facti caret affectu furandi, aut injuriæ faciendæ, aut incestus committendi non habuit voluntatem, §. *placuit* 7. *Instit. de oblig. quæ ex delicto, l. illud relatum* 3. §. *ult. l. eum qui* 18. §. *pen. ff. de injuriis, l. qui contra legum* 4. *C. de incest. & inutil. nupt.* Et quo modo propter errorem emtio reliquique contractus aliquando nulli sint, quandoque rescindatur remedio *l.* 2. *C. de rescind. vend.* vel redhibitoria actione, alibi abunde traditum est; uti & illud, quod facti error probabilis indebiti soluti tribuit condictionem. Confessionem quoque aut responsionem ex facti errore profectam non obesse confitenti sed errorem docenti, in aperto est, *l.* 1. *l.* 2. *ff. de confessis, l. inde Neratius* 23. §. *ult.* & *ll. seqq. ff. ad leg. Aquil. l. de ætate* 11. §. *qui justo* 10. *et* 11. *ff. de interrog. in jure faciend.* Denique & in compendiis errorem facti probabilem prodesse, evincit probata in jure usucapio, quippe quæ bonam requirens fidem in usucapiente, hoc ipso errorem facti in eo supponit, dum eum, a quo emebat aliove justo acquirebat titulo, putabat dominum esse, cum non esset, *l. juris ignorantiam* 4. *l. error facti* 8. *ff. b. t. l. quod vulgo* 11. *ff. pro emtore.*

7. Ignorantia facti supina & affectata est, tum facti alieni, sed talis, quod omnes vel plerique in ea civitate sciunt, unus aut pauci soli ignorant, *l. regula est* 9. §. *sed facti* 2. *ff. b. t.* arg. *l. si quis patremfam.* 3. *pr.* junct. *l. item si filiusfam.* 7. §. *proinde* 8. *ff. ad senatusc. Maced.* tum plerumque facti proprii; quo respicit Pomponius, cum ait, plurimum interesse utrum quis de alterius causa & facto non sciat, an de jure suo ignoret, *l. plurimum* 3. *ff. b. t.* Ut tamen aliquando facti quoque proprii ignorantia excusata sit. Qua ratione, si quis mihi rem meam ignoranti vendiderit, & jussu meo alteri tradiderit, vel si ego rem meam, quam Titii esse credebam, ex mandato ejus tradiderim Sempronio, aut tutor rem suam quasi pupilli, error ille impedit, ne a me dominium censeatur abisse, *l. etsi consensum* 15. §. 2. *ff. de contrab. emt. l. si procurator* 35. *ff. de acquir. rer. domin.* Nec rei suæ possessionem amisisse intelligitur, qui, cum peregre profecturus pecuniam custodiæ causæ in terra condiderat, postmodum reversus immemoria non potuit locum recognoscere, *l. peregre* 44. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* Sed nec carebit indebiti condictione, qui solvit, quod jam ante semel ab eo solutum erat, quodve putabat a se promissum esse, cum vere nulla promissio intercessisset, *l. sed & si* 22. *ff. de condict. indeb.* Denique & in iis, quæ antiqua sunt, aut valde intricata, facti proprii errorem tolerabilem esse ac excusare colligi potest ex *l. cum fideicommissum* 7. *ff. de confessis*, Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 48. *n.* 20. Et generaliter circa facti tum proprii tum alieni ignorantiam regula probata est, neque negligentiam crassam hominis deperditi nimiumque securi satis expeditam aut excusatam esse, neque scrupulosam solere inquisitionem exigi aut delatoriam curiositatem, *l. plurimum* 3. §. 1. *l. nec supina* 6. *l. regula est* 9. §. *sed facti* 2. *ff. b. t. l. etsi consensum* 15. §. *ignorantia* 1. *ff. de contrab. emt. l. si quis patremfamilias* 3. *ff. ad senatusconsult. Maced.*

FINIS TOMI III.

INDEX TITULORUM
IN COMMENTARIO
AD PANDECTAS CONTENTORUM.

JOANNIS VOET

JCTI ET ANTECESSORIS IN ACADEMIA LUGDUNO-BATAVA

COMMENTARIORUM AD PANDECTAS

LIBRI QUINQUAGINTA,

In quibus, præter Romani Juris principia ac controversias illustriores, Jus etiam hodiernum, & præcipuæ Fori Quæstiones excutiuntur.

EDITIO QUINTA VENETA

PRIORIBUS EMENDATIOR ET AUCTIOR:

Cui nempe praeter V. Cl. Caspari Burmanni Vitae Auctoris Narrationem, et Indicem Generalem Titulorum, et Materiarum, in sex Tomis contentarum,

NUNC PRIMUM ACCEDUNT

Alii duo Tractatus de Familia Erciscunda, et de Jure Militari, qui simul cum praedicto Indice constituunt Tomum Septimum.

TOMUS QUARTUS.



VENETIIS

SUMPTIBUS PETRI MILESI EDIT.

M. DCCC. XXVII.

LIBER VIGESIMUS TERTIUS.

TITULUS PRIMUS.

De Sponsalibus.

SUMMARIA.

1. *Quid sponsalia? Unde dicta? Jure novo solo consensu etiam inter absentes fiunt. De sponsalium sponsionibus, & differentia inter speratam, pactam, sponsam, deque proxenetis sponsaliorum.*
2. *Qui possint sponsalia contrahere, qui non? An impuberes jure Romano, ac moribus?*
3. *An & quo modo prodigus jure civili, ac hodierno?*
4. *De sponsalibus dolo, metu, errore, per ebrietatem contractis. Et quid, si post, discusso errore, metu cessante, dolo detecto, consensus libere repetitus sit?*
5. *An patris, aut tutorum, aut curatorum consensus requisitus fuerit jure civili, ac moribus? & an pater, aut tutor potuerit sponsalia dirimere?*
6. *Sponsalia sub conditione iniri possunt. An & quando sponsalia conditionalia iniri per concubinatum secutum pura fiant, explicatur.*
7. *An perduret obligatio ex sponsalibus sub conditione*, si parens consenserit, *initis, ubi pater primo dissensum rogatus declaravit, sed post ad consentiendum inductus fuit?*
8. *De sponsalibus sub conditione natura impossibili vel turpi contractis, an valeant jure civili, canonico, hodierno? & an inita sub conditione turpi demum obligent, si turpis conditio impleta sit, an & si eam puella implere recuset?*
9. *An exspectandum conditionis implementum, si illa non impossibilis aut turpis, sed difficilis sit?*
10. *De sponsalibus ex die certo vel incerto suspensis, & quando inde ad nuptias agi possit?*
11. *Si statutum scripturam desideret ad probationem sponsaliorum, & ea desit, an confessio sufficiat, aut juris jurandi delatio admitti possit, aut probatio per quinque testes? Quomodo probentur sponsalia, remissive?*
12. *Qualis veteri & novo jure civili obligatio ad nuptias ex sponsalibus nata fuerit?* De actione ex sponsis, *dilatione matrimonii ultra biennium, resolutione sponsaliorum sub dispendio arrharum. Hodie sponsalia stipulatione pœnali firmari possunt. Quibus modis refractarius post sponsalia ad nuptias cogi nunc possit? an & tunc, cum matrimonium cum alia jam contraxit?*
13. *Quæ fuerint jure civili justa causa recedendi impune a sponsalibus, altero invito? ubi de prodigalitate, religionis diversitate, impotentia, ingressu in monasterium, aliisque. Quid hodie in præcedente vel superveniente fornicatione sponsi aut sponsæ statuendum sit?*
14. *Quid juris, si sponsus ipse stupratorem subornaverit, vel sponsa sponso peccandi occasionem dolo subministraverit? Quid, si sponsa ante vel post sponsalia vim passa sit ignaro sponso?*
15. *Quænam alia moribus nostris sint justa causa dirimendi sponsalia, quæ non, paucis recensetur; & monetur, non tam faciles oportere esse Judices in sponsaliorum dissolutionem.*
16. *An filius majorennis, qui jure patrio potest clam parentibus sponsalia contrahere, dirimere possit sic contracta, invita sponsa, sub prætextu dissensus parentum?*
17. *An minores adversus sponsalia, a se contracta, possint in integrum restitui?*
18. *An & quando sponsalia utriusque consensu dissolvi possint, quando magistratus tali dissolutioni auctoritatem accommodare debeat vel non? Magistratum id agere debere, ne diu copulatio protrahatur.*
19. *Sponsalibus diremtis, an & quando restitui debeant arrhæ & sponsalitia largitas jure civili, ac moribus?*
20. *Quæ pœna sint eorum, qui bina sponsalia eodem tempore contracta habent? Quæ potiora sint sponsalia, ubi alia legitima sunt, alia clandestina, ac forte concubitu firmata? Quid, si priora & posteriora sint legitima? Quid, si priora conditionalia, posteriora pura? Quid, si priora verbis futuri temporis, ac concubitu firmata?*
21. *Si duobus contractis sponsalibus, sponsa, quæ jure potiore nitebatur, mortua sit, aut desistat sponte, an altera tunc sponsum ad nuptias cogere possit?*
22. *Recensentur casus, in quibus sponsus & sponsa pro marito & uxore habentur; & contra, quibus in casibus id verum non sit.*

1. SI quæ juris nostri portio naturalis sit, si quæ usu hominum frequentata, quæ tamen simul rogatos in foro sæpissime exercet, atque magnis inter se animis committit, est certe ea, qua de nuptiis, earumque præambulonibus sponsalibus, comitibus dotibus, pactisque dotalibus, ac denique quam plurimis momenti maximi effectibus, tractatio instituitur. Sponsalia, a Florentino definita, quod sint mentio & repromissio futurarum nuptiarum, ita dicta sunt a spondendo, eo quod moris fuit veteribus, stipulari & spondere sibi uxores futuras; unde & sponsi sponsæque appellatio nata est: licet secundum jus civile recentius, sine ulla solemni stipulatione & verborum interventu, solus consensus suffecerit ad sponsalia inter præsentes aut absentes per epistolam aut internuncium constituenda, *l.* 1. 2. 3. 4. *ult. ff. h. tit.* Confer Aulum Gellium *Noctium Attic. lib.* 4. *cap.* 4. Alexandrum ab Alexandro *genial. dierum lib.* 2. *cap.* 5. *in pr.* Henricum Brouwer *de jure connubiorum lib.* 1. *cap.* 1. Quibus sponsalibus parandis uti præmitti poterant, licet minus apud Romanos usitatæ, sponsalium sponsiones, seu promissiones de sponsalibus in futurum contrahendis, quo & inter *speratas, pactas, sponsas* distinctio pertinet, (de quibus Brouwer *d. lib.* 1. *cap.* 2. *n.* 1. 2. 3. Hottomanus *de ritu nuptiarum c:* 1.) ita quoque pararii seu proxenetæ subinde adhibebantur, *l. ult. ff. h. t.* Hottomanus *de ritu nupt. c.* 2. qui etiam proxenetici nomine quid percipere non vetabantur, si modo illud nec decem auri libras, nec vicesimam dotis partem excederet, *l. ult. C. h. t.*

2. Contrahunt sponsalia omnes, qui & nuptias: ac vicissim, qui a nuptiis, iidem & a sponsalibus repelluntur sive ob furorem aut ætatem consentire nequeant, sive aliud legitimum impedimentum subsit, *l. furor* 8. *l. tutor* 15. *l.* 16. *ff. h. t. l. si quis tutor* 60. §. *quamvis* 5. *ff. de ritu nuptiarum l. heredibus* 77. §. *ult. in fine ff. ad senatusc. Trebell.* exceptis impuberibus septennio majoribus, provinciarum præsidibus, & viduabus intra annum luctus constitutis; quales sponsalia quidem, at non nuptias, recte contrahunt, *l. in sponsalibus* 14. *ff. h. t. l. si quis officium* 38. *ff. de ritu nuptiarum l. solet* 10. §. 1. *ff. de his, qui notantur infamia.* Quamvis enim ab Augusto, *tempus sponsas habendi coarctatum fuisse* Suetonius commemoret, *in vita Augusti cap.* 34. non tamen ab eo circa ætatem sponsalia contrahentium quicquam immutatum fuit. Sed, cum quidam de infantibus pactiones nuptiales facerent, ut fructum ex bonis desponsarum perciperent, & evitarent pœnas cœlibatus, re ipsa tamen nuptias aut nunquam aut tardius contraherent, atque ita *immaturitate sponsorum vim legis* Juliæ de maritandis ordinibus *eluderent*, (ut dicto loco scribit Suetonius) nec id in posterum contingeret, Augustus edixit, ne qua pactio nuptialis rata esset, ubi ultra biennium essent nuptiæ differendæ, id est, ut omnino decem annos nata esset, quam despondere aliquis & fructum bonorum ejus percipere vellet; secundum ea, quæ a Dione Cassio tradita *lib.* 54. Confer Cujacium *observat. lib.* 16. *cap.* 35. Henricum Brouwer *de jure connubior. lib.* 1. *c.* 3. *n.* 15. qui posterior toto illo *capite* 3. de infantum ac impuberum desponsatione agit, ac nostris moribus impuberum sponsalia vulgo improba docet *num. ult.*

3. Prodigos sponsalia contrahere nihil impedit; etsi enim, quantum ad bona attinet, furiosum prodigus faciat exitum, *l. his qui in* 12. §. *ult. ff. de tutor. & curat. dat. ab his*, & ob id non modo furiosi, sed & ejus, cui bonis interdictum est, nulla voluntas sit, *l. furiosi* 40. *ff. de reg. juris*; tamen, quia & mentis compos est, & naturaliter quid agat intelligit, ac consentire potest, atque insuper in sponsalibus, æque ac nuptiis nulla bonorum obligatio sit, sed tantum personæ nexu mutuo devinciuntur, propter quod etiam ad curatoris officium non pertinuit, pupilla nuberet nec ne; dum officium ejus administratione negotiorum constat, *l. sciendum est* 20. *ff. de ritu nuptiarum*, consequens fuit, prodigum arbitratu suo potuisse sponsalia inire. Quæ an & nostris moribus probanda sint per omnia, merito addubites: eo quod nunc ex nuptiis, ad sponsalia secuturis, apud nos, ac plures vicinos populos, statutaria inter conjuges bonorum communio nasci solet, quoties ea pactis dotalibus exclusa non est, adeoque non tantum personalis obligatio inducitur, sed & ad res, quibus curator datus, quibusque prodigo interdictum est, porrigitur interpositus in sponsalia nuptiasque consensus; quo facile fieret, ut prodigus opulentior, insidiosis pellexus luxuriæ illecebris, vilitate generis, morumque turpitudine indignæ, forsitan & ipsa intemperantiæ vina in cauponis atque popinis ministranti, jungeretur sponsæ, non viro, sed opibus ejus nupturæ, atque ita calamitatem afflicto additura. Tanti sane hæc esse arbitror, ut in id proclivior sim, neque sponsalia, neque nuptias aliter a prodigo recte contrahi, quam si concurrat consensus eorum, quorum auctoritate ad nuptias minorennium ex loci cujusque lege opus est. Nec multum ab hac sententia abludit Henric. Brouwer *de jure connub. lib.* 1. *c.* 4. *n. ult. in fine* (*).

4. Porro consensui, ad sponsalia desiderato, contrarius est dolus & metus, de quibus ex professo actum satis *ad tit. ff. quod metus causa*, & *ad tit. de dolo malo.* Eorumque titulorum usum ad materiam sponsaliorum transtulit prolixe satis Brouwer *d. lib.* 1. *cap.* 17. & 10. Qui in *cap.* 18. exponit, qualis error sponsalibus suam demat firmitatem, qualis non; sicut etiam in *cap.* 4. *n.* 11. & *seqq.* quando ebrietas consensum, ad sponsalia desideratum, videatur exclusisse. Sane, si dolo vel errore discusso, vel metu cessante, consensus novus ex certa scientia ac libera voluntate rebus ipsis aut factis repetitus fuerit, inane deinceps ad doli, aut metus, aut justi erroris exceptionem refugium esset; nec satis tutus fuerit, qui, in amplexibus puellæ per proximiores ejus deprehensus, mortis aut vulnerum metu fidem de ea ducenda dedit, si postea suæ potestatis factus, metuque in universum solutus, concubitu sponte repetito firmaverit ad nuptias obligationem, Abr. a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 14. *num.* 17. & *seqq.* Brouwer *d. lib.* 1. *c.* 17. *num.* 10.

5. Si sponsalia contracturi in tutoris essent potestate, tutorum auctoritas requirebatur, *l. si puella* 6. *ff. h. t.* licet puberes, curatorem habentes, sponsalia suo potuerint arbitratu inire, arg. *l. sciendum* 20. *ff. de ritu nupt.* in patris potestate si essent constituti, hujus quoque consensus æque ad sponsalia, atque ad nuptias necessarius fuit, imo præcipue spectabatur; adeo ut sufficeret, filiam non dissentire, cui etiam ne dissentiendi quidem licentiam jus civile concessit, quoties pater ei non turpem aut moribus indignum sponsum elegisset: contra, quam in filiofamilias receptum erat; quippe, quo dissentiente, sponsalia per patrem nomine ejus fieri non potuisse, prudentibus placuit, *l. in sponsalibus* 7. §. 1. *l. sponsalia* 11. *l.* 12. *l.* 13. *ff. h. t.* eo quod ipsius filiifamilias erat, sibi sponsam quærere; at paternum officium, filiabus quærere conditionem, *l. capite* 19. *ff. de ritu nupt.* adeo ut aliquando etiam patres testamento suas filias puberes impuberesque destinarent aliis sponsas, *l. non est matrimonium* 66. *ff. de ritu nupt. l. si patris* 6. *C. de interdicto matrim. inter tut. & pupillam.* Quemadmodum ex adverso etiam sola patris voluntate dirimi poterant sponsalia filiæfamilias ex jure patriæ potestatis: non item, filia emancipata fuisset, *l. in potestate* 10. *ff. h. t.* sicut nec patre mortuo, in tutorum aut curatorum potestate fuit dissolvere sponsalia puellæ, a patre vivo desponsatæ; cum iniquum fuerit visum, contra paternam voluntatem corrupti forsan aut redemti tutoris aut curatoris arbitrium admitti, *l. si pater* 4. *C. h. t.* Quæ omnia, quo usque nostris moribus obtineant, aut reprobata sint, ex iis, quæ de parentum similiumque in nuptias consensu

(*) *Ut ut illicita dixerit Auctor prodigorum sponsalia, nulla tamen jure non dixerit; nec aliis sane argumentis quam quibus ipse hoc eodem* §. *usus est.*

in tit. de ritu nuptiar. explicanda erunt, manifestum fiet.

6. Potest autem sponsalibus adjici conditio, modus, dies. Conditio si sit apposita honesta ac possibilis, eam existere necesse est, antequam ex sponsalibus ad nuptias obligatio nascatur secundum ordinariam conditionis naturam; nisi postea contrahentes eam remiserint, expresse, vel tacite per subsecutum concubitum, *cap. de illis* 3. *cap. super eo* 5. *extra de condition. appositis;* si modo ea conditio fuerit, cujus adjectio vel omissio tantum dependebat ab arbitrio illorum, qui sponsalia inter se contrahunt, veluti *si sponsus domicilium mutet*, *si miles esse desinat.* Nam si conditioni adjectæ inclusum sit illud, quod ad sponsaliorum validitatem requiritur, neque expressa remissio ejus, neque subsecutus concubitus ea ex conditionalibus pura faceret; pura, si is, qui vel quæ parentum consensu eget ex lege vel more, futurarum fecerit nuptiarum mentionem ac promissionem, sub conditione, *si in eas parens consenserit.* Cui non adversatur, quod in *cap. per tuas* 7. *extra de conditionibus appositis*, rescriptum legimus, etiam illa per concubitum purificari sponsalia, quæ fuerant inita, *si patris & patrui consensus accederet.* Sciendum enim, neque patrui neque patris consensum secundum jus canonicum absolute ad sponsalia vel nuptias requiri, magisque honestatis quam necessitatis esse. Ut proinde ex *d. cap.* 6. firmetur potius superior sententia, nempe, sponsalia ex conditionibus per concubitum pura fieri, quoties conditio ea non includit, quæ in sponsalibus absolutæ necessitatis sunt. Quæ etiam opinio fere communi interpretum calculo comprobata est. Vide Sim. van Leuwen *Censura Forensi par.* 1. *l.* 1. *c.*11. *n.* 5. 6. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 5. *consil.* 106. 358. Vinnium *ad* §. 1. *Instit. de patria potestate n. ult.* Nec animadverto, cur a præceptoris sui Vinnii sententia recesserit Brouwerus *de jure connubiorum lib.* 1. *c.* 21. *n.* 14. & 31. Esto enim, quod concubitus inter sponsum sponsamque nostris moribus matrimonium non faciat, (quod & verissimum, dum non nisi certa forma variisque præmissis nunc nuptiæ ex patriis legibus iniri possunt, ut *t.* 2. dicetur) esto quoque, quod solus concubitus sponsalia non faciat, sed legi Juliæ de stupris subjaceat; esto denique, quod & præmaturus inter sponsum sponsamque congressus stuprum sit; non tamen inde sequitur, ex subsecuto concubitu non firmari magis, puramque fieri ex sponsalibus præcedentibus ad nuptias obligationem. Si enim jure divino ad ducendam puellam atque dotandam ex solo concubitu sese devinxerit, qui eam stupraverat, utcunque nulla omnino præcessissent sponsalia, *Exodi cap.* 22. *vers.* 16. 17. *Deuteronomii c.* 22. *vers.* 28. 29. Si hodiernis moribus stuprator puellæ ex ipso stupro, volenti illato, incipiat obstrictus esse, ut aut ducat stupratam, aut dotet, teste Gronewegio *ad* §. 4. *Instit. de publicis judiciis* (de quibus alibi latius) absurdum sane fuerit, eum, qui jam sub conditione fecit nuptiarum futurarum repromissionem, subsecuto concubitu velle demum videri obligatum ad nuptiarum implementum, ubi conditio extiterit, sponsalibus apposita; ea vero deficiente, omni ad nuptias contrahendas obligationi velle subduci. Finis utique sponsaliorum est, ut nuptiæ sequantur, & concubitu consumentur; qui ergo jam, anticipato tempore, sponsæ conditionalis pudicitiam prælibavit, non jure declinat contractum nuptialem, cujus jam fine voluit post natam ex sponsalibus conditionalibus nuptiarum spem præmature gaudere; nec ratio patitur, ut quis desideret, etiamnum ex conditione suspensam manere ad nuptias obligationem, qui obligationis effectum mutuum jam præstitit sponte atque admisit: præsertim, cum dubium non sit, quin is, qui sciens solvit debitum ex conditione etiamnum suspensum, hoc ipso intelligatur remisisse conditionem, quæ per ignorantiam solventi salvam fecisset indebiti conditionem. Arg. *l. cujus per errorem* 53. *ff. de Reg. juris*, junct. *l. sub condit.* 16. *ff. de condict. indebiti.* Juvatque hanc sententiam, quod alibi ab ipso Brouwero scriptum est audiendum non esse sponsum, si repudium intentet sponsæ suæ ob id, quod illa ab alio ante vel post sponsalia compressa fuit, quoties ipse, postquam hæc rescivit, concubitu eam complexus est, *l.* 1. *c.* 25. *num.* 17. quasi remissa tunc sit per copulam subsecutam conditio castitatis servatæ, quæ in dubio sponsalibus contractis inesse creditur, & ob cujus defectum repudium fieri posse, in sequentibus dicendum erit.

7. Illud de conditione possibili, *si parens in nuptias consenserit*, dubium est, an si pater rogatus primo consentire noluerit, deinde vero sæpius aliis intercedentibus in nuptias consentiat, filius aut filia ex primo illo dissensu a vinculo sponsaliorum liberetur; an potius ex consensu paterno post interposito, etiamnum ad nuptias compelli possit? Prius Brouwero placuit: sed verius est, ex mutata patris voluntate, & assensu postea præstito etiamnum firmari ad nuptias obligationem, arg. *l. quo enim* 12. §. *julianus* 2. *ff. rem ratam haberi*, in qua, cum quæstio esset, an si dominus solutionem, procuratori factam, ab initio ratam habere noluerit, postea vero ratam habeat, agere contra debitorem perinde possit, ac si ratam postea non habuisset; responsum fuit, ratihabitionem post interpositam efficacem esse, ad id saltem, ut agens post ratihabitionem, mutata mente interpositam, exceptione doli mali repelli possit. Quod eo magis in sponsalibus nuptiisque probandum est, in quibus ut plurimum timidæ rogationes primæ honestam solent repulsam ita pati, ut rogati ac negantes videantur velle repetita rogatione vinci & exorari. Eoque facit placitum Ordinum Ultrajectinorum de matrimonio 6. *Octob.* 1584. *art.* 10. Neque obstat argumentum ex *l. boves* 89. §. *hoc sermone* 1. *ff. de verb. signif.* Etenim diversus plane ibi casus est: nam dum illic asseritur hoc sermone, *dum nupta erit*, primas nuptias significari, id denotatur, secundarum ac tertiarum nuptiarum tempora excludi, cum ex adverso in nostra quæstione non de primo & secundo in prima aut secunda sponsalia consensu disceptatio sit, sed tantum, an pater, qui initio inspecto ad consensum induci non potuit, postea tamen consentiendo sponsalia faciat rata esse. Et sane, si patris ratihabitio ex nostris moribus nuptias facit retro legitimas, licet primitus dissensum manifesto declarasset, ac forte etiam eas cœpisset arguere nullitatis, longe magis dicendum fuerit, sponsalia ex consensu patris, post negationem ac dissensum subsecuto, firma reddi, ac ad nuptias utrimque inducere obligationem, saltem si res utrimque adhuc integra sit ac post denegatum ab initio consensum alteruter necdum alia sponsalia amplexus fuerit.

8. Quod si impossibilis natura vel moribus conditio sponsalibus sit addita, ipso jure nullius momenti foret ex juris Romani principiis nuptiarum repromissio, eo quod & stipulationes & cæteri contractus impossibili adjecta conditione vitiantur, quia in ea re, quæ ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectatur; quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment, apposita illa conditione, quam sciunt esse impossibilem *l.* 1. §. *item sub* 11. *l. non solum* 31. *ff. de obligat. & act. l. impossibilis* 7. *ff. de verb. obligat.* §. *si impossibilis* 11. *inst. de inutil. stipulat.* Nisi conditio impossibilis per modum negationis sit apposita, veluti, *si digito cælum non tetigeris*; tunc enim & pure contractum intelligi, & præsentem nasci obligationem, in aperto est, *d. l.* 7. *ff. de verb. obl. d.* §. 11. *ff. inutili stipulat.* At juris Canonici auctoribus magis placuit, conditiones probrosas, contra substantiam conjugii insertas (velut, *si generationem prolis evites*, *si pro quæstu adulterandum te tradas*, *si parata sis in matrimonium coire*, *donec inveniam aliam honore vel facultatibus digniorem*) efficere, ut matrimonialis contractus quantumque sit favorabilis, effectu careat; reliquas autem appositas turpes matrimonio non adversantes, (puta *si furtum feceris*) ut & impossibiles, debere pro non adjectis haberi, *cap. ultim. extra de condition. appositis*, ita fere, ut id jure civili in institutionibus ac legatis ultimarum voluntatum favore receptum erat, §. 10. *Institut. de hæredit. institut. leg. conditiones* 14. *ff. de conditionib. institution.* Nisi cum nonnullis dictum *cap. ultim. extra de conditionib. appositis* accipias de conditionibus probrosis, ac impossibilibus, quæ non sponsalibus de futuro, sed nuptiis per verba] præsentis temporis contractis, accesserunt, convenienter iis, quæ occurrunt *in c.* 6. & 7. *causa* 32. *quæst.* 2. quia Pontifex *matrimonialem contractum* effectu carere, & conditiones *in matrimonio appositas* fuisse, scribit. Cui consequens tunc esset, jure canonico circa conditiones probrosas aut impossibiles, sponsalibus additas, nihil innovatum fuisse, ac proinde sponsalia per talium conditionum adjectionem in totum secundum generalem juris civilis regulam superius adductam vitiari. Quicquid ejus rei sit, moribus certe nostris magis est, ut juris civilis definitioni stetur, & licet a re seria ludus abesse debet, tamen ludere potius, quam serio sponsalia contrahere voluisse intelligantur, qui ex impossibili, vel pietatem, verecundiam, moresque bonos lædente, conditione suspensam interponunt nuptiarum futurarum repromissionem. Plane, si ex circumstantiis appareat, serium fuisse nuptiarum ineundarum propositum, dum nuptiarum spes a proco facta est, & proposita puellæ, tanquam præmium facti, natura quidem possibilis, sed turpitudinem continentis, dum proci interesse videtur, licet ex turpi causa, turpem illam impleri conditionem, omnino ad nuptias obligationem ex hujuscemodi sponsalibus nasci, rationis est. Si enim probrosæ conditiones (quæ civiliter impossibiles sunt) actibus inter vivos additæ, ideo actus illos vitient, & nullius faciant esse momenti, quia *contrahentium in hujusmodi actibus illa cogitatio est, uti nihil agi existiment; apposita illa conditione, quam sciant esse impossibilem*, secundum Marciani ratiocinium in *d. l. non solum* 31. *ff. de obligat. & act.* ergo a contrario, si appareat, serium esse sponsalia ineundi propositum, probrosæ conditionis adjectione non debent illa censeri vitiata. Veluti, si puella ex se prægnanti nuptias spondeat juvenis sub conditione, *si abortum veneno procuraverit*, dum sua interesse putat, ne stupri cum puella commissi, & ex partu imminente propalandi, infamiam penes viros graves & honestos incurrat, & ut, licet bonus privatim jam esse desierit, bonus tamen publice inter bonos videatur. Idemque est, si fidem nuptiarum futurarum puellæ dederit, sub conditione, *si illa copulam admiserit*, *aut si se nudam conspiciendam præbuerit*, dum sua interesse putat, eo pretio præsentis libidinis voluptatem pacisci, & forte pœnitentiam tanti comparare. Neque interesse arbitror, utrum conditiones superiores impletæ fuerint, nec ne: nam & iis non impletis, ad nuptias nihilominus obligationem nasci verius est, perinde ac si pure sponsalia contracta essent: quamvis hic aliam Henrico Brouwero sententiam stare non ignorem, qui in hac quidem conditione, *si copulam admiseris*, *si nudam te conspiciendam præbueris*, existimat, non aliter puellam ad nuptias agere posse, quam si re ipsa conditionem adimpleverit, cæterum si pudicitiæ studens, eam honestati contrariam pati deinceps renuat, eam quoque matrimonii futuri spe decidere, quasi deficiente conditione: in ea vero adjectione, *si abortum veneno procuraveris*, etiam non procurato nec tentato abortu constringendum esse eum ad nuptias cum prægnante contrahendas, cui tali lege matrimonii contrahenti finem dederat, *lib.* 1. *cap.* 21. *n.* 17. 20. Sed ut, quod res est, dicam, cur magis desideretur implementum conditionis, *si copulam admiseris*, quam illius, *si abortum veneno procuraveris*, rationem non animadverto. Cum enim constet, omnem ante nuptias concubitum legibus interdictum esse, nec a stupri probro abesse, turpis æque est utique conditio prior illa, *si copulam admiseris*, quam posterior, *si abortum procuraveris*: cui consentaneum est, ne par in utraque turpitudinis ratio efficere debeat, vel utramque implendam esse, ut ad nuptias obligatio nasci possit, vel utramque pro non adjecta haberi, & sponsalia perinde effectum sortiri, ac si sine conditionis adjectione contracta essent. Utcunque enim contendere volueris abortus procurati gravius quam stupri crimen esse, maxime, si propter sponsalia spes sit, fore ut per nuptias vitium præmaturi concubitus quodammodo expietur; id tamen ad jus diversum in hisce constituendum sufficiens non est, tum quia major paulo & minor turpitudo genere non differunt; tum quia ipsum quoque stuprum cum sponsa commissum non leves subinde post se trahit difficultates; dum multis potest nunc modis accedere, ut post copulam matrimonium non sequatur, refractario existente sponso, nec nisi per longas litium ambages ad nuptias compellendo, vel in fata concedente, antequam nuptiarum solemnia, tractum temporis ex jure hodierno desiderantia, interponantur ac decurrant, vel alia puella ex sponsalibus prioribus recte contractis ad nuptiarum implementum contendente: quo fit, ut ex sponsa ob defectum matrimonii proles illegitima in lucem prodeat, & luctuosa laboret macula nativitatis, uti mater ipsa, matris familias honestate destituta, meretricularum gregi, & contaminati profligatique pudoris fœminis accensenda est, secundum ea, quæ ab ipso Brouwero scripta *d. lib.* 1. *c.* 21. *n.* 26. Quæ

cum ita sint, non aliud superest, quam ut ex sponsalibus sub utraque conditione (*si abortus procuretur*, vel *si copula admittatur*) contractis ad nuptias juvenem compelli statuamus, sive conditio impleta fuerit, sive implementum ejus sponsa, saniorem secuta rationem, facere aut pati recuset, ne alioquin melioris sit conditionis, quæ turpe factum adimplet, quam quæ mature pœnitens a probro abstinet, & virtutem sceleri anteponit. Facitque non parum in hanc sententiam, quod legata sub turpi conditione relicta jure civili & hodierno præstanda sunt, etiamsi turpitudo legatario per conditionem imposita commissa non sit, atque ipsa conditio magis pro non scripta habetur, *l. conditiones* 14. *ff. de condition. instit.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib.* 2. *c.* 23. *n.* 10. non alia, ut opinor, de causa, quam quia præsumtum fuit, testatorem de extremis cogitantem, serio magis agere voluisse, quam jocari, nec tamen legatarius destituendus videbatur testatoris liberalitate, si a probroso facto injuncto temperaret. Simili enim modo, ubi ex circumstantiis secundum antedicta colligi poterat, in iis, qui sub conditione, *si partum jam conceptum abegeris*, vel, *si copulam admiseris*, sponsalia iniverant, verum fuisse contrahendi propositum, & ad nuptias invitationem, licet iniqua lege seu conditione, non debuit spe atque commodis matrimonii fraudari, quæ cum maxime turpi assensisset conditioni, mutata in melius mente probrum odit atque fugit. Quod autem tales, qui ex abortus faciendi conditione suspendunt sponsalia, legitimas aut arbitrarias incurrant pœnas, si conditioni paritum sit, quodque etiam voluntatis perniciosæ extraordinariam subire debeat coercitionem, qui ea lege sponsalia pactus est, ut conditionis implementum haud fuerit subsecutum; inde tamen non recte infertur, impeditam esse hoc ipso ad nuptias obligationem cum simul & nuptiæ iniri possint atque consistere, & flagitii, per conditionis probrosæ adjectionem aut implementum commissi pœna lui.

9. Quæ hactenus de conditionibus impossibilibus natura; ac præcipue turpibus, disputata sunt, iis haud applicanda, quæ, cum per rerum naturam fieri possent, nec probrum continerent, difficilis tamen, ac probabiliter haud secuturi implementi sunt. Si enim in ipsis testamentariis dispositionibus, in quibus impossibiles natura vel jure conditiones extra omne dubium pro non scriptis habebantur, hæ impletu difficiles suspenderint effectum supremæ voluntatis, utcumque circa favorabilem alioquin libertatum dationem interpositæ, dum servo libertas data, *si haredi millies dederit*, quasi nec animus dandæ libertatis tunc sit, *l. cum heres* 4. §. *non est* 1. *ff. de statu liberis*, longe magis in id sponsalibus cæterisque inter vivos actibus probandum est, in quibus non ita facile atque quidem in testamentis, conditiones pro non scriptis haberi solent. Quod & jure Canonico aperte cautum est *cap. de illis* 3. *extra*, *de conditionibus appositis*.

10. Dies sponsalibus appositus, sive certo extiturus sit, sive id ipsum sit incertum, id operatur, ut non ante diei existentiam inde ad nuptias agi possit. Licet enim inter diem certum incertumque id intersit, quod dies incertus conditionis loco sit, *l. dies* 75. *ff. de condit. & demonstrat.* adeoque dies obligationis pendente die apposito nec cedat nec veniat, sed tantum spes sit, debitum iri, arg. §. *sub conditione* 4. *institut. de verbor. obligat.* dies vero certus adjectus puram videatur facere obligationem, *l. si pupillus* 9. §. 1. *ff. novation.* arg. *l. si quod si ea* 18. *ff. de condict. indeb.* in quantum dies obligationis statim cedit, seu res incipit deberi; constat tamen, id quod in obligationem in diem deductum est, priusquam dies extiterit, peti non posse, §. *omnis* 2. *Institut. de verb. obligat.*

11. Quoties autem certam in contrahendis sponsalibus formam modumque statuta desiderant præter consensum, de quo jam supra actum, nulla sunt ipso jure sponsalia, in quibus ea forma non invenitur observata, arg. *l. non dubium*, 5. *C. de legibus*, veluti, si lege municipali aut provinciali cautum sit, ne aliter quam scriptura interveniente contrahantur, prout eam requirunt Ultrajectini, *Placito Ordinum Ultrajectin. de matrimonio* 6. *Octob.* 1584. *art.* 10. quo tamen casu si desit scriptura, quinque testium depositionem de sponsalibus contractis scripturæ vicem obtinere, frequentius placuit, quasi scriptura esset desiderata tantum ad exclusionem ordinariæ probationis per duos testes fieri solitæ ac vulgo alias plenam fidem facientis, ut dictum *tit. de testibus n.* 1. *in fine.* Quemadmodum etiam eo casu confessio adversarii sine scriptura sufficiens est; cum confessus pro judicato sit, *l.* 1. *ff. de confessis*, & confessio tam diu pro veritate habeatur, donec per ipsum confitentem falsitas confessionis probata fuerit, arg. *l. inde Neratius* 23. §. *ult. ff. ad leg. Aquil.* d. placitum Ordinum Ultraject. *art.* 9. 10. Sed & jurisjurandi conditionem deficiente scriptura deferri posse ei, qui sponsalia negat interposita, verius est; cum de iniquitate queri nequeat, qui maximo hoc litium expediendarum remedio judex simul atque testis in causa propria constituitur, & manifestæ turpitudinis *ac confessionis* sit, nec jurare velle, nec jusjurandum referre, *l. manifestæ* 38. *ff. de jurejurando tit. de testibus n.* 1. Confer de hisce Resp. Jurisc. Holl. *par.* 5. *consil.* 84. & *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 90. Hug. Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 23. *in fine* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observat.* 94. Schneidwinum *ad tit. Instit. de nuptiis par.* 1. *de sponsalibus num.* 28. & *seqq.* Sim. van Leuvven *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 10. Henricum Brouvver *de jure connubiorum lib.* 1. *cap.* 23. *num.* 21. & *seqq.* ubi & prolixius de probatione & præsumtionibus circa sponsalia admittendis aut reprobandis agit, uti ante eum ista excussit ex parte Mascardus *de probation. conclus.* 1024. & *multis seqq.*

12. Ex sponsalibus nascitur spes matrimonii & obligatio ad nuptias. Qua in re tamen aliud antiquis Romanis placuit, aliud recentiori jure civili invaluit, aliud moribus hodiernis inductum fuit. Olim enim ex sponsalibus stipulatione contractis actio ex sponsu data fuit in id quod interest. „ Si post eas stipulationes „ (*inquit Gellius* noct. attic. lib. 4. cap. 4.) uxor non „ dabatur, aut non ducebatur; qui stipulabatur, ex „ sponsu agebat, judices cognoscebant. Judex, quam- „ obrem data acceptave non esset uxor, quærebat: „ si nihil justæ causæ videbatur, litem pecunia æsti- „ mabat, quantique interfuerat eam uxorem accipi „ aut dari, eum, qui spoponderat aut qui stipulatus „ erat, condemnabat. " Sed cum hoc jus sponsaliorum non esset observatum ultra tempus illud, quo civitas universo Latio lege Julia data fuit, teste eodem Gellio *d. loco*, nulla deinceps ex sponsalibus ad

nuptias efficax jure civili obligatio aut actio competiit, sed alteri etiam invito potuit alter repudium mittere, *lib.* 1. *C. h. t. liberum* 2. *C. de repudiis*, ac tantum ad arrhas quadruplicatas reddendas refractarius a sponsalibus resiliens damnandus erat, exceptis paucis casibus, uti id constat ex *l.* 6. *Cod. Theodosiani de sponsalibus*, & iis quæ a Jacobo Gothofredo ibidem adnotata. Quæ tamen quadrupli pœna ex constitutione Leonis & Anthemii sublata fuit, jussusque tantum mulctari resiliens amissione arrharum, quas dederat, & restitutione duplicatarum, quas acceperat, si majorennis esset, aut minorennis quidem, sed non ipse, verum parentes arrham dedissent aut accepissent; nisi nominatim antiquior illa quadrupli pœna pactione sponsalibus adjecta reservata esset: omni cæteroquin alia pœnæ promissione in renuentem nuptias adimplere irrita declarata, tanquam matrimoniorum libertati repugnante, *l. mulier* 5. *in fine C. h. t.* Fluxitque ex hac debili sponsaliorum vi, quod & a sponso in sponsam propriam crimen raptus committi; gravissimisque eum raptus pœnis coercendum esse Justinianus sancivit, *l. unic. fere in pr. C. de raptu virginum.* Post tempora tamen Justiniani Leo Imperator in *novella sua* 18. sponsalia pœnali stipulatione permisit firmari. Neque hoc ipsum a nostris moribus alienum est. Groenevvegen *ad l.* 5. *C. h. t. n.* 9. secundum quos hic sponsaliorum effectus est, quod prima quaque occasione nuptiæ sint contrahendæ, licet tempus nullum additum sit, præmissis denunciationibus solemnibus, aliisque requisitis ex loci cujusque lege servandis. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 368. Confer *Echt. reglement van de Staten Generaal* 18. *Martii* 1656. *art.* 22. & *seqq. vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2434. adeo ut ad eas celebrandas morator aut tergiversator compelli possit officio Judicis, civili custodia, ac tamen, si id desideretur, pronunciatione solemni Judicis, eo loco omnia habenda esse, ac si nuptiæ fuissent contractæ, vel etiam refractario per apparitorem ex decreto Judicum repræsentato, atque ita nuptiis per interpositam personam contractis, Judicis auctoritate supplente consensum absentis ac consentire renuentis, tanquam jam ante per sponsalia, ex libera voluntate contracta, abunde declaratum. Nam etsi vulgo in obligationibus facti nemo præcise ad factum cogi possit, sed liberetur præstando id quod interest, *l. si quis ab* 13. §. *ult. ff. de re judicata*; tamen id in iis demum factis probatum videtur, quæ sui natura quandam recipiunt æstimationem, sic ut numerata pecunia facti vicem gerat, non vero in illis, quæ nullam recipiunt æstimationem, quale etiam est nuptiarum implementum, in quo & amoris ratio, & honoris proprii ac liberorum natorum aut nasciturorum causa vertitur; ne illegitimi sint aut maneant, si forte præmaturo concubitu sponsalia firmata fuerint. Horum enim omnium nullum ex natura esse pretium pecuniariæ quantitatis, expeditum est; nisi is, qui jus ad nuptias agendi nactus fuerat, sponte sua cedere, ac nummorum interventu a matrimonii spe desistere, satius sibi duxerit, inæstimabilis rei pretium sua admittens voluntate, vel nisi res amplius integra non sit, dum refractarius alio in loco, ignorante adversa parte, nuptias alias solemniter ex istius loci lege jam contraxit, adeoque in culpa non est, qui vel quæ nuptias desiderat, quod matrimonio alibi contracto non intercesserit: tunc enim nuptias tales rite contractas dissolvi, exemplo grave esset, ac proinde necesse est, qualem qualem facti inæstimabilis tunc fieri æstimationem. Quæ pluribus exsequitur Brouvver *de jure connub. lib.* 1. *cap.* 24. *num.* 20. & *seqq.* Groenevvegen *ad l.* 1. *C. h. t.* Leeuvven *censur. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 26. & *cap.* 14. *num.* 8. 9.

13. Licet autem is, qui altero invito recedebat a sponsalibus, arrhas amitteret, aut redderet duplicatas secundum ante dicta; tamen illa fidei violatæ pœna locum non habuit; sed omnino impune licuit a sponsalibus abire, quoties justa suberat causa, *l. mulier* 5. *C. h. t. l. cum veterum* 15. *C. de donat. ante nuptias*, veluti, si supervenerit, vel præcesserit, sed ignorante adversa parte, stuprum, turpisve & impudica cum aliis conversatio, *l. mulier* 5. *C. h. t. l. si uxor* 13. §. *divi* 5. & §. *si minor* 8. *ff. ad leg. Jul. de adulteriis*, aut prodigalitas, *d. l.* 5. *C. h. t.* aut religionis vel sectæ diversitas, *d. l.* 5. *C. h. t. l. si legibus* 16. *C. de episcopal. audient.* aut impotentia coeundi, *d. l.* 5. *C. h. t.* arg. *l. in causis* 10. & *auth. sed hodie C. de repudiis*, aut ingressus in monasterium, *nov.* 23. *cap.* 39. aut furor, arg. *l. Julianus* 4. *ff. de divortiis*, aut si puella provincialis, præsidi desponsata durante officio, eodem deposito nubere recuset, *l. si quis officium* 38. *ff. de ritu nuptiarum.* Denique, si is, qui puellam sibi nuptiis pactus est, intra biennium nuptias exsequi, in eadem provincia degens, supersederit, & puella postea in alterius venerit conjunctionem, dum vota sua diutius eludi passa est; nisi justæ causæ ulterius trahant sponsalia, veluti ætas, vel valetudo sponsi sponsæve, vel mortes parentum, vel capitalia crimina, vel longiores peregrinationes, quæ ex necessitate fiunt, *l.* 2. *C. h. t. l. pen. ff. h. t.* Adde Cujacium *lib.* 16. *observ.* 35. Brouvver de jure Connubiorum *lib.* 1. *cap.* 25. *num.* 51. Et quamvis apud nos, ac passim fere, magna illa & effrenis, quæ Romanis placuit, repudiorum licentia reprobata fuerit, ac ad nuptias compelli invitus quisque possit ex sponsalibus rite contractis; dubium tamen non est, quin & nunc plures justæ causæ sint, ob quas a sponsalibus, adversa parte invita, impune discedatur. Sic enim præcedens fornicatio sponsæ, cujus ignarus fuit sponsus, repudii libertatem ei tribuit; cum æquum non sit, ut cogeretur ducendo probare impudicos puellæ mores, qui non nisi castos quærebat amatores, arg. *l. si uxor* 13. §. *ult. ad leg. Jul. de adulteriis.* Si modo per partus editionem aut uteri gestationem, aut alias apertissimas probationes, præcedens illa castitatis violatio doceri possit: neque enim suspicionibus levioribus, aut vagis rumoribus, id dandum, ut per hæc spes matrimonii interrumpatur; dum sæpe non desunt, qui temere atque proterve falsis contumeliis & connubio fœdare, & sponsalia turbare pro ludo habent: sed potius juris præsumtio sola puellarem defendit virginitatem, donec contrarium probatum fuerit, arg. *l. quamvis adulterii* 30. *C. ad leg. Jul. de adulteriis.* Confer Joh. Deckerum *lib.* 1. *dissert.* 9. *num.* 9. & *seqq.* & citatos a Berlichio *decis.* 299. *n.* 1. Quæ autem de præcedente fornicatione dicta, longe magis obtinebunt, si post sponsalia contracta sese sponsa alteri prostituerit; cum istiusmodi pollutio secundum multos adulterio accenseatur, & in omnem eventum hoc crimen in sponsa vindicandum sit, quia neque matrimonium qualecumque, neque spem matrimonii violare permittitur, *d. l. si uxor* 13. §. *divi* 5. *ff. ad leg. Jul.*

de adulteriis. Quæ adeo vera, ut secundum ipsum quoque jus Canonicum ne jusjurandum quidem, quo sponsalia de futuro firmata fuerant, repudio obstiterit; licet eo jure ob præcedentem turpitudinem sponsalia jurata non potuerint resolvi *cap. quemadmodum* 25. *extra, de jurejurando.* Quod si de sponso præcedens aut superveniens fornicatio aperte probari possit, & ob id sponsa, comperta fornicatione præcedente, cujus ignara fuerat tempore sponsaliorum initorum, in matrimonium coire recuset, non animadverto, cur deterior hac in parte sponsæ, quam sponsi conditio censenda sit; cum utique castitas ab utroque latere eligi atque probari soleat, & æque metuendum sit, ne contracto matrimonio ad turpem redeat consuetudinem maritus, quam uxor, arg. *l. ex ea parte* 121. §. *mulier* 1. *ff. de verbor. obligat.* ac denique periniquum videatur esse, ut pudicitiam vir a muliere exigat majorem, quam ipse teneretur exhibere, *d. l. si uxor* 13. §. *judex* 5. *ff. ad leg. Jul. de adulteriis,* arg. *l. mulier* 5. *in med. C. h. t.* Vide, post alios allegatos, Brouvver *de jure connubior. lib.* 1. *cap.* 25. *num.* 13. *& seqq.*

14. Plane, si stupratorem sponsus subornaverit, & ita sponsæ suæ leno factus sit, vel ex adverso sponsa id egerit malis artibus, ut sponsus in alterius mulieris amplexus venerit, non jure ob id repudium tentaverit, cum non sit, cur improbet mores quos ipse vel ipsa suo dolo corrupit, arg. *l. cum mulier* 47. *ff. soluto matrimonio, l. is cujus* 14. *pr. & §. de leg. Jul. de adulteriis.* Sed &, si stuprum violentum passa sit sponsa sive ante, sive post sponsalia, justam non esse repudii causam verius est, licet aliud placuerit Brouwer *de jure connubiorum lib.* 1. *cap.* 25. *num.* 20. Constat enim, vim passam nulla inveniri lege notatam, ne sceleratam, sed infelicem, non pœna, sed miseratione dignam esse, *l. si uxor* 13. §. *si quis plane* 7. *l. vim passam* 39. *ff. ad leg. Jul. de adulteriis.* *Fœdissimam* (inquiunt Imperatores) *earum nequitiam, quæ pudorem suum alienis libidinibus prosternunt, non etiam earum, quæ per vim stupro compressæ sunt, irreprehensa voluntate, leges ulciscuntur, l. fœdissimam* 20. *C. ad leg. Jul. de adulteriis.* Constat, tali illata vi nihil decedere castitati in nuptiis spectatæ, atque servandæ, *cap.* 1. *& multis seqq. causa* 32. *q.* 5. nihil iis, quæ matrimonio intenduntur, nihil sobolis generationi, nihil individuæ vitæ consuetudini ac conjunctioni animorum, nihil opibus aut doti sustentandis matrimonii oneribus inservienti. Constat denique afflicto non esse addendam afflictionem, nec pœnam oportere illic esse, ubi culpa nulla est. At quis ibit inficias, vim atque injuriam perpessæ, ac inde miseræ afflictionem superaddi, si ob id adamati sponsi sui debeat carere jugi consortio, & vota sua inania atque delusa lugere viduata? Quis non animadvertit, nocentium pœnas subire innocuam, si perinde repudiari possit, ac si voluntate sua alienis succubuisset libidinibus, & in fœdum facinus consensisset? Ne dicam, sic portam apertum iri, ut & violentum compressorem subornet clam sponsus, quo a vinculo sponsaliorum, sibi suisque fortassis molesto, liberetur; dum vel delibato virginitatis flore satiavit primum amoris impetum atque furorem, vel malignis intervenientibus aliorum consiliis, susurrationibus, ac suggestionibus, ad pœnitentiam adactus est. Nec movet, quod in corpore ejus, quæ vim passa, id commissum sit, quod merito horreat vir gravis. Horrendum enim fateor, & severissime vindicandum, sed in scelerato, vim inferente, non in ipsa vim passa, innocua ac immerita. Si dicas, virginitatem sponso promissam nunc haud posse præstari; imo inquam, si casta mens manserit, ac irreprehensa voluntas, mansit virginitas, ac viro unice conservata est, *d. cap.* 1. *& seqq. causa* 32. *qu.* 5. Eoque facit, quod &, si quis cum vidua iniverit sponsalia, cum virginem putaret, ob id repudium tentare non debeat quia nihil a vidua matrimonio legitimo prius copulata, admissum est, quod reprehendi possit, (ut ipse Brouwerus *lib.* 1. *cap.* 18. *n.* 35.) virginem suo modo habeat, qui viduam ducit, cum illa casta primi mariti uxor fuisset. Etsi enim in eo diversum sit, quod stupro violento insit id, quod turpe est, & infamiam stupratori infert; certum tamen est, ipsam stupratam nulla prorsus juris aut facti infamia notatam esse, nec stupratoris infamiam posse ullatenus ad vim passam extendi. Quin imo, cum in vidua secundo nubente facile fiat, ut amor inter primum ac secundum maritum quodammodo divisus sit, dum primi mariti non indigni memoriam etiam stante secundo servat matrimonio, contra in ea, quæ vim passa, id metuendum non est; quippe quæ, si irreprehensa voluntate subacta fuerit, non nisi cum odio internecino sui corruptoris violenti potest meminisse; adeoque magis suo modo virginem ducere censendus est, qui vim passam, quam qui viduam sibi matrimonio conjungit. Non etiam recte urseris, omni conventioni hanc tacitam inesse conditionem, *si res in eadem causa, in eodem statu maneat, quo fuit, cum stipulatio interponeretur, l.* 38. *ff. de verbor. obligat.* agit enim lex illa de casu, qui nulla cum præsente quæstione affinitatem habet: &, si verba illa legis adeo generaliter accipienda, & ad omnes factorum species porrigenda contendas, etiam maritus stante matrimonio debitum conjugale solvere uxori, postquam illa vim passa fuit, obstrictus non erit, cum & uxor ita non manserit in eodem statu, jam ab alio vitiata, ac in corpore ejus commissum sit id, quod merito horreat vir gravis; & tamen matrimonium ob id, quod uxor vim passa sit, dirimi non oportere, apud omnes in confesso est.

15. Sane, si ea adsit vel absit sponso vel sponsæ tempore sponsaliorum, ignorante adversa parte, vel post sponsalia contracta supervenerit quæ impediunt in totum vel ex parte finem matrimonii, aut speratam concordiam atque felicitatem, qualia sunt, impotentia generandi sive ex frigiditate, sive ex genitalium mutilatione, aut prava dispositione, vel si alteruter lepra laboret aut lue venerea, aut ex crimine infamis sit, aut bonis vel foro cedat, aut furor adsit diuturnior, aut transitus ad Judaismum, Paganismum, Hæresin fiat, aut justa atque probabilis odii implacabilis, arbitrio Judicis probanda, vel injustum ac sine causa conceptum alterutrius odium, sævitiæ metum incutiens, aut dolosa amplioris dotis aut propter nuptias donationis promissione, quam quæ solvi potest, alterutrum pellectum atque deceptum constiterit, aut alia similis arbitrio Judicis sat gravis causa supervenerit, altero invito etiam hodie a sponsalibus impune recedi, prolixe docet post Groenewegium, nonnulla suggerentem *ad l.* 5. *C. h. t.* & Simonem van Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *c.* 11. *n.* 27. *& seqq.*

usque ad finem, Henricus Brouwer *de jure connubiorum d. l.* 1. *c.* 25. ad quæ lectorem remittendum censeo, dum, quod addam, non occurrit: nisi forte id unum videatur monendum dubitari merito, an non Vir ille doctissimus in erudito hoc de jure connubiorum opere, ac nominatim in *d. cap.* 25. nimis ob dirimenda sponsalia facilis ac pronus existimari debeat, dum & ei, cui os grave olet ex corporis vitio, & phthisi aut hydrope laboranti, & puellæ, cui in vultu non bene obductæ ex vulnere aut variolis cicatrices, & surdo, & cæco, & claudo effecto, aut pede manuve truncato, & homicidii accusato, sed ob probatum moderamen inculpatæ tutelæ absoluto, similibusque, repudium jure mitti contendit; quasi ex mutato corporis habitu, ac forma perdita, mutatus etiam atque extinctus amor esset, ac non omnis sententia absolutus etiam protinus sceleris purus omnino sit. Cum potius ex adverso perpendendum veniat, rem judicatam pro veritate haberi, nec de occultis Judicum, multoque minus privatam sponsam, debere judicare, aut ea supponere, quorum contrarium judicio solemni pronunciatum est; castum quoque amorem animorum conjunctione constrictum contineri, etsi ea superveniant, quæ ab initio ad castum non movissent amorem: nec novum, quin & justum esse, ut, quam quis cœpit deperire formosam, cuique se & suos addixit amores, hujus deformatæ castam sinceramque conservet affectionem maritalem; uti bonus quisque vetulam & effœtam diligere haud desinat, quam virentem florentemque prius individuo vitæ consortio sibi junxerat ex voto.

16. Quod si majorennis, cui apud nos nuptias sine parentum consensu contrahere permissum est, sponsalia clam parentibus inierit, eum deinde ob parentum dissensum resilire posse a sponsalibus, laudandumque magis, quam reprehendendum, quod clandestina istiusmodi sponsalia invitis parentibus adimplere recuset, quasi ita agendo parentibus debitum jure poli præstaret honorem, scripsit Groenewegius *ad l.* 5. *C. h. t. n.* 3. Sed contra ab aliis responsum, atque etiam in supremo revisionis judicio in Hollandia judicatum est, non obstante parentum dissensu, majorennem omnino compellendum esse ad nuptiarum implementum, Wesel *ad novellas constitutiones Ultrajectinas art.* 14. *n.* 86. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 383. *in fine*, & merito: cum enim conventio talis sponsalitia lege municipali probata supponatur, atque ita obligationem ad nuptias jure patrio efficacem inducat, absurdum fuerit, illam sub obtentu dissensus paterni maternive, in irritum deduci unius voluntate, invita parte altera & reluctante; nisi quis simul justum putet, omnes etiam alias conventiones, velut emtiones, venditiones, locationes, conductiones, societates &c. a majorenne celebratas sine parentum consensu, ad eas, haud necessario, eludi ex eo, quod nunc major ille parentibus debitum scilicet exhibere honorem, nihil eorum voluntati adversum agere in animum induxit suum; cum utique major pro sponsaliorum, quam contractuum aliorum implemento, ratio militet. Quæ tantopere a juris ratione recedant satis in aperto est, dum ab initio quidem libera potestas cuique est habendi vel non habendi contractus, sed renunciare semel constitutæ obligationi, adversario non consentiente, nemo potest *l. sicut initio* 5. *C. de oblig. & action.*

17. Quamvis autem minori 25. annis contra matrimonium non contractum haud videatur indulgenda restitutio in integrum, ad resolutionem ejus, ut dictum *tit. de minorib.* 25. *annis n.* 45. tamen quantum ad sponsalia attinet, minoribus adversus ea, sicut adversus alios contractus damnosos, ob justas causas subveniri ætatis auxilio, idque frequens esse, scribit Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 13. Groenewegen *ad l.* 1. *C. h. t. in fine.*

18. Mutuum consensum quod attinet, a dubiis quidem sponsalibus per transactionem, aliquo dato, retento, vel promisso resiliri posse, in *tit. de transact. n.* 15. *in fine*, observatum est. Sed & privata sponsalia, necdum publicata, privatim sponsi sponsæque & proximorum assensu velut bona gratia dissolvi, redditis utrimque arrhis sponsalitiis, si quæ datæ, neque infrequens adeo, neque legibus aut moribus Hollandiæ interdictum apparet; utcumque sponsalia jam in scripturam redacta ex contrahentium consensu, & amicorum fide atque subscriptione firmata ponas. Quamvis enim inde ad nuptias obligatio jam nata sit; tamen necdum ipsum matrimonii vinculum, aut individua vitæ consuetudo existit, dum intercedere plurima possunt, quo minus nuptiæ unquam contrahantur, ut proinde hic non stringat illud, quos Deus conjunxit, hos non esse rursus separandos, quo fundamento in contrariam sententiam itum invenio Respons. Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 92. quippe cum hactenus nulla divina conjunctio, sed sola conjunctionis futuræ promissio intercesserit, cujus vinculum solo consensu constans, contrario consensu cur dirimi non posset, ratio sufficiens non est, arg. *l. nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. juris*, §. *ult. Instit. quib. mod. oblig. tollitur.* Ant. Matthæus *de matrimonio disput.* 13. *thes.* 4. Quod si sponsi sponsæque jam sua nomina illis dederint, quibus ea cura demandata est, ut secundum jus nostrum Batavicum solemnes fiant denunciationes antenuptiales, adeoque publice testati fuerint, fidemque dederint de matrimonio quantocius contrahendo, verius est, non nisi publico magistratus assensu adhibito posse per mutuum consensum dirimi vinculum sponsaliorum, ut ita publica auctoritate dissolvatur, quod non amplius in privati consensus terminis substitit, sed publica auctoritate ac comprobatione firmatum fuit, præmissa aliqua causæ cognitione, circa parentum consensum, non intercedens aliud matrimonium aut alia sponsalia, aut arctam nimis cognationem affinitatemve, ac alia his similia, quæ possent nuptiis impedimento esse, in quæ inquiri moris atque juris est, *Politik ordonn. van Holland. ann.* 1580. *art.* 3. & 12. *Echt. reglement van de Staten Generaal* 13. *Martii* 1656. *art.* 11. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2432. Unde & magistratuum est in id incumbere, ne nimium differatur nuptiarum celebratio, ubi nullus ad denunciationes contradictor existit; secundum tradita ab avo meo p. m. Gisberto Voetio *in politica ecclesiastica part.* 1. *lib.* 3. *tract.* 1. *de matrimonio sect.* 2. *cap.* 6. §. 2. *n.* 6. Adde *Echt. reglement van de Staten Generaal* 18. *Martii* 1656. *art.* 26. *vol.* 2. *placit. pag.* 2434. Licet autem hunc in sponsaliorum dissolutionem consensum non promiscue nimisque facile magistratum interponere oporteat, quin tamen evitandi majoris mali causa id possit, dubitandum non videtur. Nam etsi sanctum sponsaliorum, ut omnis alterius fidei datæ, vinculum sit,

non abrumpenda temere, aut violanda matrimonii spes; tamen si ea appareat animorum abalienatio, ac amoris refrigeratio, ut in vanum redintegratio speranda sit, ac ob id matrimonium difficiles videatur exitus habiturum, satius fuerit, dirimi ex sponsi sponsæque voto futuri matrimonii repromissionem, quam, eodem consummato, separationem thori & mensæ vel ipsius vinculi matrimonialis dissolutionem sequi; dum sæpe fit, ut ex tædio cohabitationis utrimque coactæ in vitia, sævitiam, luxum, libidinesque vetitas alteruter vel uterque ruat, & foris quærat, quod domi vel non invenit, vel non quærit ac exhorrescit invenire. Eoque facit, quod licet nullo jure religiosius, quam Canonico, urgeatur vinculi matrimonialis non individua tantum, sed indivisibilis consuetudo; Pontifex tamen eo non obstante rescripserit, eos quidem, qui de matrimonio contrahendo pure, & sine omni conditione, fidem dederant, commonendos esse, & modis omnibus inducendos, ut præstitam fidem observent; si autem se ad invicem admittere noluerint, ne forte deterius inde contingat, videri, ad instar eorum, qui societatem interpositione fidei contrahunt, & postea eandem sibi remittunt, hoc posse in patientia tolerari, *cap. præterea 2. extra de sponsalibus & matrimonio*. Confer omnino Brouwerum *de jure Connubiorum lib. 1. c. 25. n. 25. & seqq.*

19. Diremtis sponsalibus, si quidem alterutrius culpa evidente id acciderit, eum arrhas, quas dedit, amittere, quas accepit restituere duplicatas, supra dictum est. Sed & sponsalitiam largitatem, quam insons accepit, lucrarur, datamque recuperat, *l. cum veterum 15. C. de donation. ante nuptias.* Si vero communi consensu id factum sit, utrimque reddendum, quod propter nuptiarum futurarum spem datum fuit, ubi nihil in contrarium actum est, arg. *l. 1. §. 1. ff. de donation. §. pen. Instit. de donation. l. quod Servius 8. l. 9. ff. de condict. causa data.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib. 3. cap. 2. n. 41.* Quod si ingressu in monasterium, aut casu mortalitatis nuptiæ secutæ non sint, & ante mortem alteruter causam, cur nuptiæ non celebrarentur, non præbuerit, Romanis placuit, arrhas restitui, *l. arrhis 3. C. h. t. nov. 123. cap. 39.* sed & quod præter arrhas nomine sponsalitiæ largitatis datum fuit, licet nuptiis secutis irrevocabili jure maneat apud donatarium, si non aliud tempore donationis actum sit, *l. 7. 8. 9. C. de donationibus ante nuptias*, tamen iis haud secutis, quod a sponsa sponso datum fuit, omnimodo ad sponsam donatricem aut successores ejus debere reverti; a sponso vero datum, ita demum redire in solidum, si osculo non interveniente sponsalia contracta sint: eo enim interposito, dimidiam sponsalitiæ largitatis a sponso factæ partem apud sponsam remanere, *l. si a sponso 16. C. de donation. ante nuptias.* Sed cum neque osculorum, neque basiorum, neque suaviorum (de quorum differentiis hic dicere nihil attinet) pretium nunc tanti sit, jure monet Groenewegius *ad d. l. 16.* nec ob ista, ac ne ob concubitum quidem, si nuptiæ secutæ non sint, sponsam quicquam ex sponsalitia largitate lucrari aut retinere. Arrhas tamen sponsalitias ob non secutum mortalitate matrimonium haud restitui, post alios tradit Abrah. a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art. 8. num. 19. & 20. & de connubial. societate tract. 1. n. 89.*

20. Quisquis autem bina sponsalia eodem tempore contracta habet, eum prætoris edictum infamem esse jussit, *l. 1. ff. de his qui not. infam.* ac placito Ordinum Generalium cautum est, sponsum aut sponsam, durantibus proclamationibus solemnibus, malitiose a sponsalibus resilientem, & alteri fidem dantem, aut copula se jungentem, non modo parti læsæ teneri, sed & arbitrariis pœnis ad accusatoris publici postulationem debere subjugari. *Echt reglement van de Staten Generaal 18. Martii 1656. art. 22. vol. 2. placit. Holl. pag. 2434.* Quæ vero potiora censeri debeant, si quid tale acciderit, non æque expeditum est. Clandestina sane sponsalia, (qualia appello, non quæ sine testibus, sed quæ sine voluntate eorum, quorum consensus lege vel more ad nuptias atque sponsalia necessarius est, contracta sunt) utcunque & anteriora fuerint, & concubitu forte firmata sint, cedere tamen posterioribus, rite ac legitime contractis, rationis est, ubi id desideratum fuerit; cum paria in jure sint, aliquid non factum & non rite factum esse, ac frustra videatur hæsitari, an clandestina postponenda sint, dum certi juris est, ex clandestinis, velut contra leges initis, & ob id ipso jure nullis, nullam ad nuptias contrahendas obligationem natam, aut actionem comparatam esse. Resp. Jurisc. Holl. *par. 3. vol. 2. consil. 86.* Leeuwen *cens. for. par. 1. lib. 1. c. 11. n. 8. 9.* Quod si quis sui juris existens, adeoque nullius alterius consensu indigens, bina sponsalia rite contraxerit, ac posteriora firmaverit concubitu, priora tamen potiora habenda sunt, eo quod concubitus cum posteriore neque nuptias efficit, quippe non nisi certis solemnibus ex more contrahendas; nec sponsæ priori invitæ jus semel ex sponsalibus quæsitum ad nuptias alieno queat facto tolli. Quin imo, si quis majorennis sponsalia contraxerit sub honesta conditione, veluti, *si pater consenserit*, *si ipse ad dignitatem admotus fuerit*, eaque pendente alteri puri nuptiarum fecerit repromissionem, magis est, ut posteriorum sponsaliorum vis in pendenti sit, nec inde ad nuptiarum implementum agi possit quandiu priorum conditio potest existere: quippe ex quibus procul dubio spes ad nuptias nata fuit, quæ duorum consensu inducta, non potest unius pœnitentia aut voluntate everti, maxime cum placuerit, ex tali obligatione conditionali contrahentes etiam pendente conditione sibi invicem debitores & creditores esse, *l. is cui sub 42. ff. de obligat. & act. arg. §. sub conditione 4. Instit. de verbor. obligat.* Brouwer *de jure connubiorum lib. 1. cap. 22. n. 29.* dissentit cum Canonistis Schneidewinus *ad tit. Instit. de nuptiis par. 1. de sponsalibus n. 37. 38.* Longe minus sponsalia posteriora, verbis præsentis temporis contracta, obsunt prioribus, per temporis futuri verba initis; eo quod moribus nostris verba præsentis temporis non magis matrimonium efficiunt, quam si in futurum de matrimonio concepta fuerint, utcunque concubitus subsecutus esset ut proinde sponsalia de præsenti vulgo dicta a sponsalibus de futuro quantum ad effectus juridicos apud nos diversa non sint; licet aliud jure Canonico scripto placuerit, quia illo jure verba præsentis temporis matrimonium operabantur, cujus vinculum sponsalibus potentius esse, haud ambigitur, *cap. sicut 22. cap. pen. extra, de sponsalibus.* Gronewegen *ad l. 5. C. h. tit. num. 5.* Leeuwen *Censur. for. par. 1. lib. 1. cap. 13. n. 12.*

Anton. Matthæus *param. Belgarum Jurisconsult.* 2. *n.* 9. *& seqq.*

21. Plane si puella, cui per sponsalia tempore priora fides data, & ad nuptias obligatio quæsita erat, in fata concedat, vel juri suo renunciet, adeoque matrimonio, ex sponsalibus secundis postulato, non intercedat, magis est, ut sponsalia secunda exitum sortiri debeant, & ad matrimonium cum sponsa secunda ineundum invitus compelli possit, qui bina sponsalia contracta habuerat; cum nulli tunc injuria fiat, nec ullum nuptiarum impedimentum subsit perinde ac si sponsalia priora communi consensu fuissent diremta, nec denique sponso, quod semel placuit, debeat displicere. Neque enim existimandum est cum Simone van Leeuwen *d. loco*, sponsalia posteriora, ab initio in præjudicium priorum haud recte inita, ex eorum genere esse, quæ tractu temporis vires haud assumunt: eo quod regula Catoniana, dictans, id, quod ab initio vitiosum est, tractu temporis non posse convalescere, in supremis tantum elogiis, ac ne his quidem semper, locum sibi vindicat, ut ex titulo de *regula Catoniana* manifestum est, in actibus vero inter vivos paucis tantum in casibus in jure expressis, inter quos cum nuspiam inveniantur hic de sponsalibus posterioribus, consequens est, ut exemplo aliorum actuum inter viros plerorumque etiam hæc posteriora, cessante vel sublato impedimento, rata fiant, ac efficacem ad nuptias inducant obligationem.

22. Etsi vero sponsa in multis juris articulis pro uxore habeatur, veluti in alienatione fundi dotalis, *l. lex Julia* 4. *ff. de fundo dotali*, in dotis privilegiis, *l. quæsitum* 17. §. 1. *ff. de reb. auctorit. jud. possid.* in infamia, ex binis sponsalibus æque ac binis ex nuptiis eodem tempore contractis irroganda, *l.* 1. *ff. de his qui not. infam.* in injuriis sponsæ ad sponsi quoque contumeliam extensis, *l. item apud* 15. §. *sponsum* 24. *ff. de injuriis*, ac denique in eo, ne sponsus filiæ in socerum futurum compellatur testimonium dicere, quasi jam gener factus, *l. in legibus* 5. *ff. de testibus*, in aliis tamen contra obtinet. Nam neque inter sponsum sponsamque donatio vetita *l. si sponsus* 5. *l. cum hic status* 32. §. *pen. ff. de donat. inter vir. & uxorem*, *l. cum in te* 6. *C. de donat. ante nuptias*; nec cum sponsa aliena adulterium est, utcunque gravius hoc crimen vindicandum sit, de quo latius *tit. ad leg. Jul. de adulteriis*, nec sponsa sponsum elugere jussa est, *l. uxores* 9. §. 1. *ff. de his qui not. infam.* nec vidua intra luctus annum sponsa fieri vetita, *l. solet* 10. §. 1. *ff. de his qui not. infam.* nec ex sponsa liberi nascuntur legitimi, ut dictum *tit. de his qui sui vel alieni juris sunt*, *n.* 10. nec denique ex sponsalibus inducitur affinitas, licet improprie appellatione generi & nurus etiam sponsa contineatur, *l.* 12. §. 1. & 2. *l.* 14. §. *ult. ff. de ritu nuptiar.* *l.* 6. & 8. *ff. de grado & affin.* junct. §. 9. *Inst. de nuptiis*, nec statutaria oritur bonorum communio, aut jus ad ea, quæ pactis dotalibus comprehensa sunt, arg. *l. sancimus* 24. *C. de nuptiis*, uti suis locis latius dicetur.

TITULUS II.

De Ritu Nuptiarum.

SUMMARIA.

1. *De veterum ritibus ac solemnibus circa nuptias. Quid sint nuptiæ? Poligamia quæ pœna sint? Illa jure divino illicita. Binis nuptiis contractis posteriores inutiles sunt.*
2. *Jure civili nullæ solemnitates erant necessariæ: ex cohabitatione sola sæpe colligebatur consensus in nuptias. An deductio sponsæ in domum sponsi necessaria fuerit?*
3. *Hodie ad nuptias adhibendæ res publicæ denunciationes; etiam in nuptiis Judæorum. An nuptiæ nullæ, iis omissis? Quid, si statutum eas ob id non expresse nullas pronunciet? Quales magistratus possint dispensatione hanc remittere solemnitatem urgente justa causa? An nuptiæ nunc sine venia magistratus contrahi possint privatis in ædibus?*
4. *An valeant nuptiæ per Hollandum in Brabantia aut Flandria contractæ, servatis illorum locorum solemnibus, sed omissis publicis denunciationibus in loco domicilii Hollandici?*
5. *Frustra apud nos quæritur, an nuptiæ sint ex verbis,* duco te in uxorem &c. *An & quando ex cohabitatione nunc nuptiæ præsumantur?*
6. *Frustra quoque apud nos disputatur, an furor, ebrietas, metus, impediat nuptias solemniter contractas? quando ob errorem nuptiæ jam contractæ dissolvi possint,* remiss.
7. *De consensu parentum, in quorum potestate sunt, ex jure civili varia. Quid, si sit pater & avus? Quid, si hi absint aut furiosi sint? quid, si sine causa consensum denegent?*
8. *An sufficiat tacitus parentum consensus? An ratihabitio patris nuptias faciat retro legitimas, aut quandam contineat legitimationem?*
9. *An ob defectum consensus paterni nuptiæ filii fuerint ipso jure nullæ?*
10. *An patris consensus necessarius in nuptiis emancipatorum? Quid, si filia emancipata minorennis esset? An matris consensus? An curatorum aut propinquorum?*
11. *Quid juris hodie circa consensum parentum ad nuptias liberorum minorennium? Quæ sint pœnæ, si consensus desit? & an matrimonium resolvendum ad patris desiderium, quod sine consensu ejus contractum jam est? Quid, si minorennes munere politico, ecclesiastico, aut militari fungantur; aut seorsim a patre habitent?*
12. *Quid, si liberi majorennes sint? Si contradicat pater, & magistratus approbet causam dissensus, appellatio a tali sententia cessat in Hollandia.*
13. *Matris consensus cedit consensui patris, sed patre deficiente, eadem de matris quæ de patris consensu obtinent.*
14. *An parentum consensus requiratur, si parentes ad secunda vota transierint? an si duri & sævi? an si turpitudinem & peccandi conditionem liberis imponant? an si prodigi declarati?*
15. *An avi consensus sit hodie necessarius, aut vitrici vel novercæ?*
16. *An moribus desideretur consensus curatorum, aut*

propinquorum? Et si desideretur, quales tunc tutores aut propinqui adhibendi sint? Quæ pœna, si consensus ille defuerit?

17. *An ad nuptias secundas vidui vel viduæ minorennis consensus parentum similiumque æque requiratur, ac ad primas?*

18. *Sufficit & hodie tacitus consensus eorum, qui in nuptias consentire debent, veluti si scientes non intercesserint publicis denunciationibus, licet ex statuto nullas tenerentur reddere dissensus sui causas. Quid, si ignaris talibus, sine fraude sponsi sponsæque, per negligentiam eorum, quibus id demandatum, solemnia denunciationum peracta & nuptiæ secutæ sint?*

19. *Quo usque hodie ratihabitio parentum, qui ab initio dissenserunt, nuptias firmet, & an faciat pœnas cessare?*

20. *Pœnæ, edicto Caroli V. propositæ, habent tantum locum contra seducentem, non contra minorem seductum aut seductam.*

21. *Non etiam si ob dissensum tutorum aut cognatorum, causam justam non habentium auctoritate magistratus nuptiæ contractæ sint; licet id decreto non sit additum. Nec si pater ob rem non amplius integrum, veluti impragnationem, dicat se invitum consentire, & velle, ut pœnæ edicti locum habeant. Secus si demum post nuptias de facto contractas hæc sequuntur.*

22. *Si parens hodie nullum colorem sufficientem dissensus adducere possit, adeoque injuria manifesta vetet nuptias liberorum minorennium, an magistratus tunc parentis consensum supplere possit, disputatur.*

23. *An parentes aut tutores, sine causa dissentientes, retinere possint bona eorum, qui nuptias ineunt auctoritate magistratus?*

24. *De causis justis, ob quas parentes, tutores, cognati jure dissentiant.*

25. *Inter quos nuptiæ jure civili non substiterint? ubi de nuptiis impuberum, patrum cum plebe, scenicarum cum ingenuis, præsidum cum provinciali, tutorum cum pupillis, susceptoris cum suscepta?*

26. *An olim & hodie nuptiæ sint ratæ Judæorum, Paganorum, Mahumedanorum cum Christianis, an hæreticorum cum orthodoxis? An raptoris cum rapta? Et quid, si abolitionem impetraverit?*

27. *De matrimonio inter adulterum & adulteram, vel conjugem secundam, priori viventi superinductam, vel inter mulierem & eum, qui cum muliere conspiravit in necem mariti.*

28. *De matrimonio leprosorum, vetularum, senum, castratorum, spadonum, hermaphroditorum, amentium, furiosorum.*

29. *De cognatione & affinitate, cognationis lineis ac gradibus, & ratione computandi gradus, de quasi gradibus affinium, & eorum computatione. Item de primo, secundo & tertio genere affinitatis.*

30. *De prohibitis nuptiis inter ascendentes & descendentes ratione cognationis, affinitatis primi generis, & adoptionis.*

31. *De prohibitis nuptiis in linea collaterali inter eos, qui sibi invicem parentum & liberorum loco sunt per cognationem, affinitatem primi generis, & adoptionem.*

32. *De nuptiis collateralium, qui sibi parentum & liberorum loco non sunt ratione cognationis aut affinitatis, vetitis in gradu secundo, permissis in quarto.*

33. *An nuptiæ permittendæ in secundo genere affinitatis inter ascendentes & descendentes, aut inter collaterales? veluti inter privignam & novercæ defunctæ viduum, &c.*

34. *Impedimentum ex affinitate in nuptiis intelligendum de ea, quæ jam dissoluta est; licet in aliis sola affinitas adhuc durans, non item diremta, abesse soleat.*

35. *Nuptias impedit etiam naturalis affinitas, quæ ex stupro vel concubinatu, non ex matrimonio legitimo, oritur. Nec cuiquam licet sponsam patris, aut filii sui, uxorem ducere.*

36. *Inter comprivignos nuptiæ valent, ut & inter privignum ac novercæ vel vitrici matrem, ac alios similes.*

37. *An Magistratus supremus dispensare possit, & permittere nuptias, lege Mosaica divina ob cognationem vel affinitatem vetitas?*

38. *Circa nuptias jure civili vetitas dispensatio fieri potest. Quid, si fiat a magistratu de nuptiis in gradibus jure divino vetitis?*

39. *De pœnis incestus remissive. Recensentur plures casus, in quibus nuptiæ, quæ ab initio erant inutiles, ex post facto convalescunt.*

40. *Mulier per nuptias sequitur mariti dignitatem, forum, domicilium. An per nuptias tollatur patria, & tutoria potestas?*

41. *In quibus jure civili constiterit maritalis in uxorem potestas? Moribus nostris uxor ex nuptiis fit quasi minorennis, & in cura viri, & maritus pro ipsa stat in judicio, non ipsa.*

42. *Uxor an contrahendo sine viro, possit virum aut se obligare; vel soluto matrimonio ex tali contractu ipsa conveniri in Hollandia, Ultrajecti & in Frisia? Quid, si ratihabitio mariti accedat? Quid, si certum sit, utiliter a muliere contractum esse, nec tamen maritus ratum habere velit? An sufficiat tacitus mariti consensus ex præsentia & scientia ac silentio?*

43. *Si maritus contractum uxoris non approbaverit, an ea soluto matrimonio possit petere implementum ejus? Obligat sine viro se & virum, quatenus locupletiores facti sunt ex contractu, qui clam viro initus est.*

44. *Uxor sine viro alios sibi viroque recte obligat. Quo usque mulier publica mercatrix se & virum contrahendo obliget, vel non, latius traditur, sive ipsa minorennis, sive majorennis sit.*

45. *Uxori mercatrici similis est ea, quæ marito quæstori vel publicano in recipiendis pecuniis, aliisque assistit.*

46. *An & quo usque uxor maritum obliget, si contraxerit ratione œconomiæ?*

47. *Quid, si contraxerit ut maritum redimeret a carcere vel captivitate? An ob absentiam viri, forte relegati, uxor recte contrahat, & virum obliget sine consensu ejus?*

48. *Quid, si maritus furiosus sit? & an tunc mulieri cura bonorum committi possit?*

49. *An, si maritus minor sit, uxor ad contrahendum indigeat consensu curatoris mariti sui? & an maritus minor contra consensum suum possit restitui?*

50. *An uxor possit clam viro liberare suos ac mariti debitores acceptilatione, pacto de non petendo &c. An ei recte solvendi per debitores?*

51. *An uxor sine viri consensu possit dotem prioris matrimonii liberis constituere, hereditatem adire vel repudiare, res suas donare, testamentum condere, delinquendo se aut maritum obligare?* remiss.

52. *Quo usque uxor in Hollandia, Ultrajecti, alibique, obligetur ex viri sui contractibus, etiam cum inutiliter, luxu, alea, scortis, æs alienum stante matrimonio contraxit? & quo usque illa soluto matrimonio obligata maneat? An pati teneatur post solutum matrimonium executionem sententiæ, in rebus suis jam cœptam matrimonio adhuc constante?*

53. *An uxor obligetur ex tutela vel alia administratione per maritum gesta? An ex fidejussione ejus? An in Hollandia & Ultrajecti etiam tunc, cum pacto dotali sola est servata acquæstuum communio?*

54. *An donatio per maritum facta, uxori noceat? Et quid, si donatum sit fraudandæ uxoris causa?*

55. *An uxori noceat, si maritus non utatur conditione acquirendi? Quid, si consentiat suæ matri, ut illa omnia bona sua fideicommisso gravet, etiam ipsam legitimam, cum alias mater jussisset ipsum sola legitima contentum esse, & ob id illa bona non cedant conjugali communioni?*

56. *An noceat uxori delictum mariti? An & cum sola est acquæstuum communio?*

57. *An, si maritus occiderit propinquam, cui debeat heres esse, uxor partem dimidiam istius hereditatis, qua maritus se indignum fecit, vindicare possit, posita omnium bonorum communione? vel an soluto matrimonio prius æstimationem ejus præcipere ante divisionem? Quid, si maritus aut uxor ex justa causa exheredati sint a suis parentibus, posita universali communione?*

58. *An maritus jure maritalis potestatis alienare possit res uxoris? remissive.*

59. *An maritus jure potestatis suæ exerceat jus patronatus, & munerum ac bonorum collationem, nomine castri vel territorii ad uxorem pertinentis?*

60. *Cujus loci statuta spectanda sint in quæstione, quo usque se extendat potestas mariti in uxorem & bona ejus.*

61. *An augeatur aut minuatur maritalis potestas per migrationem ad alium locum? & an mulier ob id petere possit id quod interest, si in migrationem non consenserit?*

62. *Quæ sit ratio, cur hodie maritalis potestas tam ampla inducta sit?*

63. *In quibus differat cura mariti in uxorem a cura minorum, prodigorum, &c.; ubi de contractu mariti cum uxore, de rationibus non reddendis administrationis, aliisque.*

64. *Quo usque maritalis potestas pactis dotalibus minui possit? remissive.*

65. *Iure civili per nuptias non inducebatur universalis bonorum inter conjuges communio; secus secundum mores multarum gentium.*

66. *Quæ prima statutariæ inter conjuges communionis origo sit?*

67. *Quibus in locis, & quo usque vigeat bonorum inter conjuges communio?* remiss.

68. *Posita statutaria communione, an omnia præsentia & futura ipso jure inter conjuges communicentur ratione possessionis & proprietatis, licet mariti solius nomine, stante matrimonio quæsita? Nec impedit communionem patrimoniorum quantacunque disparitas; nec quod alteruter conjugum spurius sit, & ob id forte fiscus in ejus bona succedere debeat. An nobilitas?*

69. *In universalem illam communionem veniunt hereditates, legata, donationes. An & quo usque etiam turpia lucra?*

70. *Veniunt certo certius omnia, quæ sub acquæstuum communione continentur.*

71. *An feuda in Hollandia, Gelria ac Ultrajecti? An non saltem eatenus, ut conjux alter soluto matrimonio æstimationem feudi ex allodiis præcipiat.*

72. *An feuda stante matrimonio quæsita jure successionis, aut titulo particulari oneroso vel lucrativo? an alluvio feudi ante nuptias quæsiti, si illa stante matrimonio contierit?*

73. *An bona dominica, Gelris dicta* Hereen goederen? *An gentilitia, aut emphyteuticaria? an censualia? an agri adscriptitiorum? an dominium directum feudi vel emphyteuseos?* remiss.

74. *An canonicatus & præbenda ante nuptias, vel stante matrimonio acquisita?*

75. *An munere venalia?*

76. *An jus ipsum patronatus?*

77. *An bona fideicommissaria? vel ea lege donata, ut, donatario sine liberis moriente, redeant ad donantis heredes, & conditio extiterit? An donata ea lege, ne cedant statutariæ communioni?*

78. *An arrhæ sponsalitiæ, & jocalia doni matutini titulo data? an ornamenta stante matrimonio per virum uxori emta?*

79. *An, si res illæ, quæ non continentur sub communione universali, stante matrimonio vendita, vel cum aliis rebus inter conjuges communicabilibus permutatæ sint, pretia rerum illarum, aut res cum iis permutatæ, conjungibus communicentur?*

80. *De damnis in communionem statutariam venientibus. An & quo usque communioni imputetur æs alienum alterutrius conjugis, aut stante matrimonio contractum? Quo modo conjuges soluto matrimonio ad æs alienum, ante nuptias vel stante matrimonio natum, teneantur in Hollandia & Ultrajecti, alibique? An commune sit æs alienum matrimonio vetustius, si pro eo feudum, communioni exemtum, ante nuptias obligatum sit?*

81. *An commune onus, si quid in dotem, alimenta, peregrinationem privignorum erogaverit binubus?*

82. *An & onus alendi prolem mariti adulterinam? An noverca, quæ jure communionis conjugalis una cum marito binubo aluit liberos ejus primi thori, etiam soluto matrimonio ad eos alendos obligata maneat? Et quid, si maritus binubus in assignandis bonis maternis onus alendi liberos primi thori ad certum tempus in se recepisset?*

83. *An impensæ in funus alterutrius conjugis?*

84. *Ut lucrum & damnum commune sit, sufficit, causam ejus ante nuptias vel stante matrimonio extitisse, licet effectus demum soluto matrimonio sequatur: ut in lite soluto demum matrimonio terminata, conditione fideicommissi soluto demum matrimonio deficiente & res liberas efficiente.*

85. *Disputatur prolixe pro ea sententia, quod communio universalis, quam inter conjuges, sine pactis*

dotalibus in matrimonium convenientes, inducit statutum domicilii mariti, vel e contrario excludit, etiam tacito conjugum pacto inducta vel exclusa intelligatur quantum ad immobilia in illis sita locis, ubi contrarium statutum viget, si modo illud prohibitorium non sit, seu, si non vetet, per pacta contraria sibi derogari; ac satisfit objectionibus variis.

86. *Superior decisio non habet locum, si sponsus tempore nuptiarum domicilium suum ad locum domicilii sponsæ transferre constituerit.*

87. *An ex migratione conjugum ad locum alio jure utentem circa communionem, tollatur communio, quæ ab initio nuptiarum erat inducta, & vice versa? Et quid, si nominatim testati sint conjuges, sibi circa communionem placere novi domicilii leges?*

88. *Quid juris circa communionem, si maritus tempore nuptiarum in duobus locis, diverso jure utentibus, domicilium foveat?*

89. *Non inducitur communio ex nuptiis cum minore sine parentum vel tutorum aut agnatorum consensu initis, si ea minori damnosa sit. An per secundas nuptias in præjudicium liberorum primi thori? An per præmaturum sponsi cum sponsa concubitum? An per matrimonium putativum?*

90. *Communio hæc conjugalis an continuetur post mortem unius conjugis?* remiss.

91. *An & quando præsumendum sit, communionem conjugalem inter conjuges esse?*

92. *Quid intersit inter societatem pactitiam juris civilis universalem, & hanc statutariam inter conjuges?*

93. *Ut effectus nuptiarum locum habeant, an & ubi consensus sine concubitu sufficiat? ubi præter consensum concubitus requiratur?*

94. *Posita concubitus necessitate, recensentur variæ quæstiones, quæ circa ipsum concubitum agitantur?*

95. *Quod si post peracta denunciationum solemnia alteruter moras nectat in nuptiis contrahendis, et mors interim superveniat, an effectus matrimonii perinde locum habeant, ac si nuptiæ contractæ essent?*

96. *Quo usque per pacta dotalia effectus nuptiarum restringi, minui, tolli possint?* remiss.

97. *De nuptiis contractis in locis, quæ subsunt societati Indiæ Occidentalis.*

98. *De secundis et ulterioribus nuptiis. De pœnis nuptiarum intra annum luctus a vidua initarum. Quid hodie obtineat circa hunc annum luctus?*

99. *Quid jure civili et moribus obtineat, si ob diuturnam mariti absentiam mulier alteri nubat, et an nuptiæ posteriores revertente primo marito infirmandæ sint? Quid agendum, si prior reversus sponte velit cedere, et marito secundo uxorem relinquere?*

100. *Nuptiæ secundæ liberis prioris thori solent damnosa esse. Quod modo multis locis parens binubus ante nuptias liberis prioris thori bona parentis defuncti assignare debeat?*

101. *Pœnæ secundarum nuptiarum pleræque æque in masculis ac fœminis locum habent. Prima est, qua amittitur proprietas quæsitorum a priore conjugi, et cedit liberis primi thori. An et amittantur, quæ tantum occasione prioris conjugis ab extraneo data? An et quæ e legis aut statuti beneficio quæsita e bonis prioris conjugis?*

102. *De pœna, qua binubus aut binuba amittit quæsita ex successione liberorum primi thori ab intestato, quatenus illa a parente prædefuncto profecta sunt. Recensentur plurima, quæ conjugi binubo non adimuntur in pœnam.*

103. *An & proprietas legitima, quæ parentibus debita ex bonis liberorum, amittatur per secundas nuptias, quatenus bona liberorum a parente prædefuncto profecta sunt?*

104. *Adempta binubo vel binubæ, cedunt liberis prioris thori æqualiter, licet inæqualiter parenti prædefuncto heredes sint: sed si tertiæ quartæve nuptiæ sint, ademta solis cedunt liberis illius parentis, a quo profecta sunt.*

105. *Capiunt liberi ademta binubo, licet parenti prædefuncto heredes non extiterint; nisi juste fuerint ob ingratitudinem ab eo exhæredati. Si parentis prædefuncti res binubo quæsitas & per eum alienatas liberi vindicare possint, si binubo parenti heredes extiterint?*

106. *An & nepotibus ex filiis prioris thori prædefunctis hæc ademta cedant? An & heredibus filiorum extraneis?*

107. *An cessent pœnæ superiores, si omnes prioris thori liberi vivo parente binubo morientur? An &, si binubus vivis liberis prioris thori ad viduitatem iterum redigatur?*

108. *De cautione, quam binubus aut binuba interponere debet pro mobilibus a priore conjuge &c. profectis.*

109. *Quo usque pœnæ superiores ex* l. 3. & 5. C. de secund. nupt. *in Hollandia & Ultrajecti adhuc obtineant?*

110. *De pœna, ne binubus plus conferat in secundam conjugem, quam reliquit ei ex liberis, cui minimum relictum est. Quod amplius datum, adimitur. Quibus tunc liberis cedat? An & conjugi secundæ pro portione filiali? An & nepotibus in stirpes? Et quid, si plurium nuptiarum anteriorum liberi sint?*

111. *Quæ ita liberis prioris thori cedunt, non imputantur in legitimam: nec, si uni ex liberis prioris thori minus relictum sit quam legitima; supplementum legitimæ ex his ademptis fieri debet, sed per heredes omnes pro rata portionis hereditariæ præstari.*

112. *An liberi prioris thori avocare possint relicta contra* l. hac edictali, *si parenti binubo heredes extiterint? Et quid, si parens binubus id testamento expresse prohibuerit, vel liberi ei vivo promiserint, se non avocaturos?*

113. *An impediatur avocatio donatarum inter vivos contra* d. l. hac edictali, *si mutuo conjugum consensu donatio resoluta sit? aut ex eo, quod postea donans binubus fiat non solvendo; sic ut tunc immoderate cedere deberet in æris alieni exsolutionem?*

114. *An avocatio immoderate relictorum cesset ex eo, quod relicta repudiantur a vitrico aut noverca?*

115. *An non ex eo, quod respectu immoderate relictorum parens binubus substitutum dedit?*

116. *Quid juris, si quid per interpositam personam immoderate datum? Et quid si binubus executori testamenti sui jusserit, ut in usus secreto expositos eroget certam nummorum quantitatem, ac suspicio fraudis sit?*

117. *An noverca vel vitricus propter* l. hac edictali

probibeatur plus relinquere privigno vel privignæ, quam propriis suis prioris thori liberis?

118. *An privignus novercam instituere possit, prateritis suis fratribus germanis?*

119. *An parens binubus plus relinquere possit liberis posterioris, quam prioris thori? Et an hoc pacto dotali recte conveniatur?*

120. *Quænam conjugi secundo vel secundæ imputentur in filialem portionem? An jocalia, dona matutina, doaria, donatio remuneratoria? An ususfructus omnium bonorum, & quid tunc liberi prioris thori offerre debeant vitrico vel novercæ: quid, si datus sit ususfructus cum onere alendi liberos posterioris thori?*

121. *Quid, si binubus secundæ conjugi omnem supellectilem legaverit, & illa videatur excedere portionem filialem?*

122. *An imputanda in filialem portionem, quæ conjugi ex bonis binubi conjugis obveniunt ex legis aut statuti dispositione? An communio universalis statutaria impediatur in Hollandia per* d. l. hac edictali? *Vel, si pacto exclusa sit, an testamento in præjudicium liberorum primi thori reduci possit?*

123. *Ultrajecti lex* hac edictali *impedit universalem communionem. Non tamen impedit, quatenus non excedit filialem portionem, nec quatenus liberis prioris thori utilis est: &, cum pactis exclusa non est, nascitur, ubi omnes priori thori liberi vivo binubo moriuntur.*

124. *An lex* hac edictali *impediat communionem acquæstuum seu lucri & damni stante matrimonio obventuri? An impediat, ne binubus stante matrimonio renunciet medietati quæstuum jam partorum, aut speratorum? An obstet, ne pacto dotali id agatur inter binubum & conjugem secundam, ut quæstum omnem secunda conjux habeat, & onera matrimonii sustineat? An obstet, ne binuba (quæ pacta erat lucri & damni communionem, sed mox etiam electionem, an lucri & damni particeps esse, an magis dotem salvam habere mallet), eligat lucri & damni communionem, licet animadvertat, plus damni, quam lucri supervenisse?*

125. *An majorem portionem uxor secunda capere possit, si doceat, liberis prioris thori pro patrimonio materno plus fuisse assignatum, quam debeatur? Quid, si talis assignatio amplior stante secundo matrimonio, vel post pacta dotalia secundi matrimonii facta sit? Quid, si binubus immoderatum donativum* (een uytsettinge) *in liberos primi thori contulerit?*

126. *An binubus possit ex pacto dotali debitam conjugi secundæ filialem portionem fideicommisso gravare? vel eam testamento ad legitimam diminuere, si liberis singulis primi thori plus reliquerit?*

127. *An ad constituendam portionem filialem prius legitima liberorum primi thori ex patrimonio binubi deducenda sit?*

128. *Æstimanda filialis portio, inspecto mortis tempore circa numerum liberorum & patrimonii quantitatem.*

129. *Quæ sit portio filialis, si omnes prioris thori liberi vivo binubo mortui sint?*

130. *Quanta sit portio filialis secundæ conjugis, si binubus uni ex liberis prioris thori minus reliquerit quam legitimam, aut unum in totum exhæredaverit?*

131. *Quid juris circa filialem portionem, si omnes liberi prioris thori a parente binubo juste vel injuste exhæredati sint, tum jure civili, tum moribus?*

132. *Quid juris in illis locis, ubi filiabus ne legitima quidem debita, & de filiali novercæ portione quæstio est?*

133. *Quanta sit filialis novercæ portio, si filius primi thori in sola legitima institutus sit, & nepotes ex eo nati in reliqua bona?*

134. *Quo modo filialis portionis ineunda ratio, cum avus binubus, nullos relinquens filios, sed solos nepotes, uxori secundæ eam dedit?*

135. *Cui incumbat probatio, si plus novercæ datum dicatur? An & fructus immoderate datorum restituendi sint, & ex quo tempore?*

136. *Quibus in locis vigeat aut non vigeat dispositio* legis hac edictali? *Et cujus loci statuta circa eam spectanda sint in mobilibus & immobilibus?*

137. *Recensentur alia pœnæ secundarum nuptiarum, ubi de amissione tutelæ, relictorum sub conditione viduitatis, &c.*

138. *An & in militibus locum habeant pœnæ secundarum nuptiarum? An & in vidua, partum ex stupro edente? An cessent, si conjux præmoriens superstiti dederit licentiam ad alia vota transeundi? An, si liberi in nuptias secundas consenserint? An, si pœnis hisce expresse renuntiaverint?*

139. *An pœnæ locum habeant, si non nuptiæ, sed sola sponsalia contracta sint?*

1. QUales quantæque priscis Romanis probatæ fuerint circa nuptias contrahendas festivitates ac solemnitates; qualis dierum delectus observatus; quo modo coemtione, farre, & usu mariti sibi uxores junxerint, & quæ plura sunt alia his affinia, si quis penitius scire cupiat, videat Gellium *noct. attic. lib.* 3. *cap.* 2. Hottomannum, *in lib. observationum ad veterem ritum nuptiarum*, Alexandrum ab Alexandro *genial. dierum lib.* 2. *c.* 5. Barnabæ Brissonii *librum de ritu nuptiarum & selectarum antiquit. lib.* 1. *cap.* 18. Carolum Sigonium *de antiquo jure civium Romanor. lib.* 1. *cap.* 9. Rævardum *ad leg. duodec. tabul. c.* 21. *pag. mihi* 95. *& seqq. ad pag.* 98. *& lib.* 4. *varior. c.* 16. Rosinum *antiquit. Roman. l.* 5. *c.* 32. ibique Dempsterum. Suffecerit nobis naturam, requisita, & effectus nuptiarum ex jure nostro penitius eduxisse. Naturam earum ex definitione colligere licet dum Justinianus eas descripsit viri & mulieris conjunctionem, individuam vitæ consuetudinem continentem, §. 1. *Instit. de patria potestate.* Modestinus, vero conjunctionem maris & fœminæ, consortium omnis vitæ, divini & humani juris communicationem, *l.* 1. *ff. h. t.* Adde Lambertum Goris *adversariorum tract.* 1. *cap.* 1. *n.* 1. *& multis seqq. & DD. ad §.* 1. *Institut. de patria potestate.* Ex qua *maris* ac *fœminæ* in numero singulari conjunctione elucescit, satis polygamiam simultaneam jure civili improbatam fuisse; adeo ut non tantum infamia notati fuerint edicto Prætoris, qui binas nuptias eodem tempore contractas habebant, *l.* 1. *ff. de his qui not. infam. l.* 2. *C. de incestuosis nuptiis, l. eum qui* 18. *C. ad leg. Jul. de adulteriis*, sed & ultionem a competente judice pati debuerint, *d. l.* 2. cum re ipsa mulier, duo-

bus viris simili matrimonio juncta, adultera sit, & ut talis puniri debeat, *auth. hodie C. de repudiis*, arg. *l. inter liberas* 6. §. 1. *l. stuprum* 34. §. 1. *ff. ad leg. Jul. de adulteriis*, & vir stupri reus ex lege Julia per solemnem accusationem peragi possit, *d. l. eum qui* 18. *C. ad leg. Jul. de adulteriis*. Unde & moribus nostris tales virgis cæsi, aut aliter ignominiæ publicæ expositi relegari solent, teste Groenewegio *ad l.* 2. *C. de incestuosis nuptiis. Placitum Ordinum Zelandiæ* 18. *Martii* 1666. *art.* 13. *vol.* 3. *placit. Holl. p.* 592. *Echt-reglement. van de Staten Generaal* 18. *Martii* 1666. *art.* 84. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2444. Sim. van Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 26. licet ex ipsa constitutione criminali Caroli V. *art.* 121. ultimi supplicii pœna masculis & fœminis, tanquam adulteris proposita sit. Qua vero ratione polygamia a Deo in patribus Veteris Testamenti per quandam conniventiam tolerata, vel saltem non notabilibus pœnis coercita, revera tamen præceptis divinis adversetur, a Theologis exacte satis discussum est. Vide Fredericum Spanhemium *dubiorum Evangelicorum par.* 3. *dubio* 122. Theodorum Bezam *tract. de polygamia*, avum meum p. m. Gisbertum Voetium *Politic. Ecclesiast. part.* 1. *lib.* 3. *tract.* 1. *sect.* 3. *cap.* 5. *num.* 6. & quæ habet Henricus Brower *de jure connubiorum lib.* 2. *cap.* 5. Si quis binas nuptias eodem tempore contractas habeat, posteriores inutiles sunt, tanquam contra leges initæ, arg. *l. non dubium* 5. *C. de legibus*, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 55. *n.* 12. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 6.

2. Contrahuntur nuptiæ secundum præcepta juris Romani consensu, quomodocunque declarato verbis aut facto, *l. nuptias* 30. *ff. de regul. jur.* etiam sola cohabitatione; in quantum in mulieris liberæ consuetudine non concubinatus, sed nuptiæ intelligendæ erant, si non corpore quæstum fecisset, *l. in liber.* 24. *ff. h. t.* atque etiam minor annis duodecim nupta, tunc legitima uxor fiebat, cum apud virum explevisset duodecim annos, quasi ex sola consensus ab initio non recte interpositi continuatione, *l. minorem* 4. *ff. h. t.* Ut proinde necessaria non fuerit festivitas ulla nuptialis, nec ex eo, quod deductio sponsæ in domum sponsi, vel donationum ante nuptias aut dotis instrumenta defuerint, existimandum sit, deesse recte alias inito matrimonio firmitatem; inter pares honestate personas nulla lege impediente consortium, quod ipsorum consensu, atque amicorum fide firmatur, *l. vicinis* 9. *l. si donationum* 22. *C. h. t.* junct. *l. denique* 6. *ff. h. t.* Et nominatim, nuptias sine deductione sponsæ in domum sponsi ratas esse ex solo consensu, signationemque tabularum dotalium, nec non sponsæ deductionem in domum sponsi, plerumque etiam post contractum matrimonium fieri, Scævola auctor est, *l. pen. in pr. ff. de donation. inter. vir. & uxor.* Nec his adversatur responsum Pomponii & Ulpiani in *l. mulierem* 5. *ff. h. t. l. cui fuerit* 16. *ff. de condit. & demonstrat.* & *d. l. pen.* §. 1. *ff. de donat. inter vir. & uxorem.* Cum deductio hujusmodi non tam ad substantiam matrimonii pertinuerit, quam potius ad probationem ejus eodem modo, quo & ipsa adhibitio aquæ & ignis, cujus in *d. l. pen.* æque ac deductionis mentio est, tantum ad festivitatem & probationem, non substantiam nuptiarum pertinet; idque in subsidium, quoties ambiguum erat ob deficientes alias probationes, an nuptiæ essent initæ, necne, uti id satis significatum ab Aureliano in *l.* 6. *C. de donation. ante nuptias*, dum Donatæ rescripsit, *cum in te simplicem donationem dicas factam esse die nuptiarum & in ambiguum possit venire, utrum a sponso, an a marito donatum sit; sic distinguendum est, ut si in tua domo donum acceptum est, ante nuptias videatur esse facta donatio, quod si penes se dedit sponsus, retrahi possit: uxor enim fuisti.* Quod ut magis intelligatur sciendum est, uxorem duci potuisse & præsentem & absentem. Si præsens duceretur, nulla opus fuisse sponsæ in domum sponsi deductione: sin absens, nec tunc necessariam fuisse in domum sponsi deductionem, si aliæ adessent consensus interpositi probationes: probationem autem non fuisse in epistola sola, aut nuncio mariti, quia nuncius unus tantum testis est, & epistola facile confingi posset, si non accesserit sponsæ deductio in sponsi domum; secundum id, quod Pomponius scripsit, *mulierem* nempe *absenti per litteras ejus, aut per nuncium posse nubere, si in domum ejus deduceretur*; dum in loco domicilii mariti præsens erat. Unde si ex adverso ipsa sponsa a sponsi sui domicilio abesset, ex literis suis, vel nuncio duci a marito non poterat, quia præter literas, aut nuncium deductione in mariti, non in uxoris domum opus erat, *d. l.* 5. *ff. h. t.* quam tamen absentem aliis legitimis probationibus intervenientibus duci potuisse, ex *sequente lege* 6. *ff. h. t.* manifestum est. Non etiam obstat, quod nuptiæ non intelligantur, nisi accedat *festivitas nuptiarum*, *l. sancimus. C. h. t.* sub qua & in domum deductio videtur comprehensa. Etenim per *festivitatem* nuptiarum nihil aliud ibi denotatur, quam ipse nuptiarum contractus consensu contrahentium & amicorum fide firmatus, juxta *d. l.* 22. *C. h. t.* seu *quando votum nuptiarum re ipsa processerit*; ut habet ipsa lex 24. idque ad exclusionem temporis illius, quo hi, in quorum nuptias aliquid conceptum aut collatum fuerat, per ætatem incipiebat nuptiis habiles esse.

3. Cum autem ex eo, quod nuptiæ sine solemnibus solo contrahebantur consensu, eveniret sæpe, ut vel matrimonio jam alteri juncti, vel sponsalibus legitime devincti per clandestina hujusmodi matrimonia aliis jungerentur, aut aliis modis multifariam contra legum præcepta & honestatem naturalem nuptiæ intercederent; ac, ut hisce occurreretur, solemnes denunciationes antenuptiales jam olim antiquo ecclesiæ Christianæ instituto receptæ essent, ipsumque jus Canonicum eas comprobasset, *cap. ult. extra de clandestina desponsatione*, hinc nostris & aliorum multorum moribus non aliter nuptiæ jure contrahuntur, quam si in loco domicilii sponsi & sponsæ, &, si domicilium recens sit, etiam in anteriori domicilii loco, tres nundinales aut dominicales adhibitæ fuerint denunciationes, ac nullus ita publice monitus nuptiis contrahendis ex justa causa intercesserit. Quæ si observata non fuerint, matrimonium jure Hollandico & Ultrajectino ipso jure nullum est, a cujuscunque conditionis hominibus contractum fuerit; usque adeo ut & Judæi in Hollandia degentes huic trinundinæ denunciationis necessitati parere jussi sint, nec sufficiat, eos secundum suæ legis solemnia in nuptias coivisse, *Politica Ordin. Hollan. anni* 1580. *art.* 3. *placitum Ordin. Holland.* 20. *Septembris* 1656. *vol.* 3. *placit. Holland. pag.* 504. *Edictum Ordinum Ultrajectinorum*

anni 1584. *art.* 9. Quod si non nominatim statuto cautum sit, matrimonium, contra formam præscriptam, contractum, ipso jure nullum esse, verius tamen est, illud ipso jure nullum fore, juxta *l.* 5. *C. de legibus*, nisi statutum iis, qui contra præceptum ejus nuptias alia forma contraxerunt, certam pœnam aut arbitrariam imponi jusserit, vel ex alia statuti parte appareat, id quod prohibitum est, si factum fuerit, debere teneri ac firmum esse; juxta ea quæ *tit. de legibus n.* 16. latius tradita. Confer *Politic. ordinationem Ord. Zelandiæ anni* 1583. *art.* 6. & *seqq. vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 351. & *seqq. Placita Ordinum Generalium* 5. *Febr.* 1643. & 8. *Aprilis* 1644. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 359. & *seqq.* item 31. *Decembris* 1647. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1223. & *Echt-reglement van de Staten Generaal* 18. *Martii* 1656. *art.* 1. & *seqq. d. vol.* 2. *pag.* 2429. Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *t.* 1. *defin.* 1. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 184. Abrahamum a Wesel *ad novellas constitut. Ultrajectinas art.* 14. *n.* 47. & *seqq.* Hæc ita, nisi jure singulari illa trinæ denunciationis publicæ solemnitas remissa fuerit per eos, qui majestate gaudent, & legis, uti condendæ, ita tollendæ facultate, secundum ea, quæ *tit. de legibus num.* 25. dicta sunt, vel etiam per illos, quibus id concessione speciali a majestatem habente demandatum est, ut certis in casibus ac causis remittant aliquid de legis virtute: qua ratione, si Ordines Hollandiæ, penes quos majestas est, congregati non sint, civitatis cujusque magistratui quantum ad civitatum incolas, & Curiæ Hollandicæ quantum ad nobiles & curiæ suppositos, & ruri degentes (non vero concionatoribus, aut ad causas matrimoniales delegatis) id datum est, ut vel una vel duabus tantum præmissis dominicalibus aut nundinalibus denunciationibus, vel trina denunciatione uno die ter, vel tribus diebus continuis repetita, nuptiarum celebritatem compleri permittant, quoties vel vis morbi, vel subita militaris expeditio, vel peregrinatio festinata, consuetam non patitur denunciationum dilationem, *Placito Ordinum Hollandiæ* 26. *Novembris* 1678. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 508. Van Alphens Papegaey *tweede deel pag.* 54. 55. Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 14. *n.* 57. & *seqq.* Idemque est, si, jam peracta trina denunciatione, adversa sponsi sponsæve valetudo iter in templum aut locum alium, nuptiis ineundis publice præstitutum, haud ferat, & ob id desideretur, ut privatis in ædibus, convocatis vicinis, solemnia nuptiarum peragere liceat: non enim ex prudentia fecerit concionator in Hollandia, si id absque magistratus consensu tentandum putet, ut colligi potest ex iis, quæ ab Ordinibus Hollandiæ, in *d. ordinatione politica anni* 1580. *art.* 3. sancita sunt. Confer Simonem van Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *c.* 15. *num.* 7.

4. Quod si Hollandiæ incola nuptias contraxerit cum puella Flandrica aut Brabantina in ipsa Flandria aut Brabantia, servatis iis, quæ ex lege Brabantina, aut Flandrica servanda sunt, at nullis in loco domicilii Hollandici præmissis denunciationibus, secundum edictum Hollandicum desideratis: prima quidem specie videri posset, nuptias tales etiam in ipsa Hollandia ratas habendas esse; eo quod sufficit in contrahendo adhiberi solemnia loci illius, in quo contractus celebratur, etsi non inveniantur observata solemnia, quæ in loco domicilii contrahentium, aut rei sitæ, actui gerendo præscripta sunt: quo fundamento etiam in hanc sententiam duplex responsum extat in Responsis Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 181. & 184. Sed eo non obstante magis est, ut matrimonia, eo modo extra Hollandiam ab Hollando celebrata, infirma per Judicem Hollandicum pronunciari debeant, propter Edicti verba, quibus nuptiæ, per Hollandum sine denunciationibus publicis in domicilii loco interpositis contractæ, irritæ esse jussæ sunt. Nihil in contrarium faciente illo axiomate, quod sufficiat in negotiis contrahendis adhiberi solemnia loci, in quo actus geritur: cum ista regula locum inveniat si non in fraudem statuti quis alio se contulerit ad actum celebrandum, aut statutum nominatim irritum declaraverit actum, a suo subjecto peregrina solemnitate gestum, ut monstratum in *tit. de constit. Principum parte altera, de statutis n.* 14. 15. Confer Henr. Brouwer *de jure connubior. l.* 2. *c.* 14. *n.* 44.

5. Posita vero hac denunciationum publicarum ad nuptias necessitate, inutiles penitus apud nos sunt quæstiones illæ, an verba præsentis temporis, *duco te uxorem, assumo te in maritum, vel non aliam habebo uxorem nisi te*, nuptias efficiant; quod alioquin pluribus placet, ut videri potest apud Fachineum *controversiar. lib.* 3. *cap.* 41. 42. Zoesium *ad Pand. h. tit. n.* 4. Quemadmodum eandem ob causam expeditum est, nunc ex sola mulieris liberæ cum viro consuetudine atque cohabitatione, utcunque annis pluribus continuata, matrimonii vinculum non esse præsumendum, sed aliter probandum: atque adeo apud nos usum amplius haud invenire dispositionem *l. in libera* 24. *ff. h. t.* licet alioquin in antiquis cohabitatio in dubio præsumtionem inducat, majores, ex quibus liberi nati sunt, legitimo matrimonio junctos fuisse, Parens p. mem. Paulus Voet *ad princip. Instit. de nuptiis n.* 4. Groenewegen *ad d. l.* 24. Confer Fachineum *controvers. lib.* 3. *cap.* 45. Menochium *de præsumtion. lib.* 3. *præs.* 1. *n.* 77. Mascardum *de probation. conclus.* 709. *in pr. filius legitimus qua ratione probetur.*

6. Porro consensus ipsorum nuptias contrahentium usque adeo necessarius est, ut defectus ejus nuptias ipso jure nullas efficiat; quod evenit, si quis, dum eas contrahit, furiosus, aut per ebrietatem plane mentis impos sit, *l. oratione* 16. §. *ult. ff. h. t.* arg. *l. furiosi* 40. *ff. de reg. juris, l. furor* 8. *ff. ad senatusc. Trebell.* vel erret in persona, aut substantiali qualitate ejus, non accidentali, qualis est forma, divitiæ, nobilitas, & alia his similia. Sed &, si metu coactus fuerit, non reverentiali, sed gravi, in virum fortem ac constantem cadente, placuit Romanis, nuptias ipso jure inutiles esse, *l. neque ab initio* 14. *C. h. t. l. non cogitur* 21. *l.* 22. *invitam* 28. *ff. h. t.* Quæ omnia, licet nostris moribus in sponsalibus usum inveniant, sic ut ex sponsalibus, metu mortis aut alias justo extortis, aut dolo obtentis, ad nuptias efficaciter agi nequeat, ut *tit. præcedente de sponsalibus* adnotatum est, *n.* 4. ad nuptias tamen ex nostro more contrahendas vix pertinent; dum publica & solemnis illa in templo aut curia, superstite magistratu aliisve personis publicis, facta præsentis in nuptias consensus declaratio post prævias solemnes denunciationes, non nisi ad desiderium sponsi sponsæque cum aliqua causæ cognitione concedendas per eos, quibus id negotii publicæ datum est, omnem metus & violentiæ pellit occasionem præsumptionemque, Brouwer *de jure con-*

nab. lib. 1. *c.* 17. *n.* 24. 25. Et quamvis naturaliter consensus deesse videatur, ubi ex sententia Judicis sponsus refractarius ac absens atque profugus, per apparitorem repræsentatus, uxorem ducit (de quo *in t. de sponsalibus num.* 12.) tamen interpretatione juris & rei judicatæ auctoritate consensisse fingitur, qui prius consensu suo sponsalibus declarato voluit ad nuptias devinctus esse. Quando vero propter errorem nuptiæ solemniter jam contractæ dissolvi possint, in *tit. de divortiis* explicandum erit.

7. Præter ipsorum contrahentium consensum, etiam eorum in quorum potestate sunt, patris puta vel avi paterni, consensus requiritur, ne alioquin ipsis invitis agnascatur suus heres, *l. nuptiæ* 2. *ff. h. t. princp. Instit. h. t.* usque adeo, ut, si divortio matrimonium dissolutum fuerit, ac postea inter easdem personas redintegretur, non aliter justum habitum fuerit, quam si parentibus volentibus renovatum esset, *l. nuptiæ inter* 18. *ff. h. t. l. si ut proponis* 7. *C. h. t.* Quod si uterque cum pater, tum avus vivat, etiam consensus utriusque necessarius est ad nuptias nepotis, ne alias filio intermedio invito suus heres agnascatur; contra quam obtinuit, si neptis nuberet, quippe cui solius avi sufficiebat assensus; eo quod natus ex nepte pronepos patris avique paterni familiam sequebatur; atque ita invito filio intermedio, simulque patri neptis nubentis, non agnascebatur suus heres, *l. oratione* 16. §. 1. *ff. h. t.* Sed & si nepos ex uno filio neptem ex altero filio ducturus, solius avi consensum necessarium esse, Pomponio ac Paulo placuit; ut ita, qui solus est princeps familiæ, etiam solus sit arbiter nuptiarum in eadem familia contrahendarum, *l. si nepotem* 3. *ff. h. t.* Quod si vel pater vel avus paternus furiosus sit, aut captus ab hostibus, aut ita absens, ut ignoretur, ubi sit, vel an sit; solius præsentis & mente valentis sive patris, sive avi consensus sufficit, *l. si nepos* 9. *pr. ff. h. t.* arg. *l. cum heres* 52. *l. furiosus* 63. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* Sed si solus pater, aut solus avus liberos in potestate habeat, & vel captus ab hostibus vel absens sit, liberis permissum fuit nuptias suo contrahere arbitrio, quoties vel integro triennio absentia continuata fuit, vel intra triennium filius eam duxit, aut ei nupsit filia, cujus conditionem certum est patrem non repudiaturum, *l. si nepos* 9. *l.* 10. *l.* 11. *ff. h. t. l. in bello* 12. §. *medio tempore* 3. *ff. de cap. & postlim.* Sin solus pater, vel solus avus, liberos in potestate habens, præsens quidem fuisset, sed noluisset per injuriam in nuptias consentire, suam magistratus interponebat auctoritatem, cogebatque parentem, ut liberos in matrimonium collocaret, atque etiam dotaret pro natalibus, ac patrimonii quantitate, *l. capite* 19. *ff. h. t.* Si vero propter furorem nuptiis liberorum assensum præbere impediretur, ex Justiniani constitutione liberis nuptias iniri permissum fuit auctoritate Præfecti urbis, aut Præsidis provinciæ, aut locorum Antistitis, præsentibus ex genere nobilioribus, & furiosi curatore, *l. si furiosi* 25. *C. h. t.*

8. De cætero nihil interfuit, utrum expressus an tacitus interveniret parentum consensus, adeo ut suffecerit, patrem cognitis nuptiis sui filiifamilias contrahendis haud contradixisse, *l. si ut proponis* 5. junct. *l. nec filium* 12. *C. h. t.* Ut tamen necesse fuerit, consensum patris seu jussum antecedere, neque ratihabitio patris nuptias retro, sed tantum in futurum effecerit legitimas, *pr. Instit. de nuptiis*, arg. *l. Paulus respondit* 11. *ff. de statu hominum*, *l. eos qui* 65. §. 1. *ff. h. t. l. & si contra* 6. *C. h. t. l. si uxor* 13. §. *si quis uxorem* 6. *in fine ff. ad leg. Jul. de adulteriis.* Cui non contradicit Imperator in *d. l. si ut proponis* 5. *C. h. t.* cum illa satis recte de nuptiis non contractis, sed adhuc contrahendis accipiatur, si ut paulo ante monuit, ei jungatur *l.* 12. *eod. tit.* Nec est, quod putes, liberos ex tali conjunctione, in quam pater haud consensit, natos, & ita illegitimos juxta *l.* 11. *ff. de statu hominum*, per subsecutam tamen ratihabitionem firmatis in futurum nuptiis, fieri legitimos, quasi genere quodam legitimationis. Non enim uspiam inter legitimandi modos invenitur numeratus ille, quo pater ratihabitione firmat nuptias, sine suo consensu contractas. Nam, quod per subsequens matrimonium liberi ante nati efficiuntur legitimi, tum demum verum est, cum quis concubinam suam ducit in uxorem, qualis non est, quam quis sine patris duxit assensu. Cumque concubinatus jure civili toleratus fuerit, ut in *tit. de concubinis* monstrabitur, at non tolerata, sed damnata fuerint matrimonia, a liberis in potestate positis absque patris consensu contracta, mirum non est, ex concubina natos subsequente matrimonio legitimos effectos, non vero eos, qui ex initis contra legum præcepta nuptiis fuerant procreati, Vinnius *ad princip. Instit. h. t. n.* 6. Sed nec recte exceperis, leges omnes superius adductas ac consensum antecedentem desiderantes, novella Justiniani lege mutatas esse, dum generaliter constituit, omnem ratihabitionem, & nominatim eam, quæ a patre proficiscitur, prorsus retrotrahi, & confirmare ea, quæ ab initio subsecuta sunt, *l. ult. C. ad senatusconsultum Macedonian.* Etenim primo quidem observandum, *dictam legem ultimam* triennio, & amplius ante confirmatas institutiones latam esse, ut patet ex die & Consule istius legis ultimæ, collato cum die & Consule, qui proœmio Institutionum subjectus est; ut proinde frustra abrogatio obtendatur. Sed & secundo animadvertendum, novella illa Justiniani lege ultima nihil novi hac in parte inductum fuisse, sed tantum juris veteris jam olim recepti repetitionem comprehendi: cum & olim inter antiqui juris regulas relatum fuerit, eum, qui ratum habuit quod gestum fuisset, mandasse intelligi, ac mandati obstringi actione, *l. semper qui non* 60. *ff. de diversis reg. juris antiqui*, *l.* 1. §. *si ratum* 6. *ff. quod jussu*, *l.* 16. §. 1. *ff. de pign. & hypoth. l.* 20. *ff. de pignor. actione.* Quemadmodum ergo regula jure veteri nota suas patiebatur exceptiones in nuptiis per filiumfamilias contrahendis, & hereditatis aditione facienda per eum, qui in aliena potestate erat, dum utrobique jussus antecedens specialiter requirebatur, *d. pr. Instit. h. t. l. si quis mihi* 25. §. *jussum* 4. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* ac denique in auctoritate tutorum quam in ipso negotio interponi oportere, post tempus vero interpositam nihil agere, Justinianus docuit §. *tutor* 2. *Instit. de auctorit. tut.* ita quoque per novellam Justiniani legem repetita censeri debet cum iisdem limitationibus, nuspiam expressa lege abrogatis, ideoque legum veterum dispositioni relinquendis, *l. præcipimus* 32. §. *ult. C. de appellation.* Quid quod & in casu *l. quod ergo* 13. *ff. de his qui not. infam.* (quæ a nonnullis huic de nuptiarum ratihabitione sententiæ objicitur) invenire licet exceptionem a regula, ratihabitionem jussui

comparante. Cum enim ex edicto Praetoris infamis esset, qui sciens jussisset vel passus fuisset, per suum filiumfamilias duci viduam intra annum luctus constitutam, *l.* 1. *ff. de his qui not. infam.*, excusaretur autem, qui facti ignorantia lapsus, dum luctus annum putabat effluxisse, in tales filii sui nuptias consensisset, ac inde dubitaretur, num & infamis esset pater, qui ab initio errans in facto consenserat in nuptias, sed postea errore discusso easdem ratas habuerat, responsum fuit, eum infamiae nota haud laborare; quia non tempus ratihabitionis, sed initium nuptiarum spectandum erat, an tunc pater sciens consensisset; atque ita, qua ignominiae macula pater ex jussu fuisset per edictum notatus, eam ex ratihabitione non subit, dum ea hoc casu non retrotrahitur ad initium nuptiarum (*).

9. Deficiente in nuptias filiifam. aut filiaefamilias consensu paterno, nuptiae nullae erant, arg. §. *pen. Instit. h. t.* nec liberi inde nascebantur justi seu legitimi, *l. Paulus respondit* 11. *ff. de statu homin.* Quamvis ab eodem Paulo, *receptarum sent. l.* 2. *tit.* 19. scriptum inveniatur, *eorum, qui in potestate patris sunt, sine voluntate ejus matrimonia jure non contrahi, sed contracta non solvi, quia contemplatio publicae utilitatis privatorum commodis praefertur*, quae ad usum receptum, non ad juris rigorem pertinere puto.

10. Liberorum emancipatorum nuptias etiam sine patris consensu subsistere, Modestinus auctor est: quia ex filio emancipato non agnascitur patri invito suus heres, *l. filius emancipatus* 26. *ff. h. t.* nisi filia emancipata, sive virgo, sive vidua, adhuc minorennis sit; quo tamen casu, si mulieris voluntas patris repugnaret sententiae, ac pares essent genere ac moribus competitores, is potior existimabatur, quem sibi consulens mulier approbabat, *l. vidua* 18. *C. h. t.* Plane, matris consensus, propter defectum patriae potestatis, quae consensus hujus apud Romanos fundamentum est, necessarius non fuit, etiamsi filia nuptura minorennis esset, quippe quo casu judicium quidem matris & propinquorum explorandum dicitur, sed tamen & ipsius simul puellae, *l. in conjunctione* 20. *C h. t.* ut proinde absolute necessarius haud fuerit matris aut propinquorum assensus. Unde, & cum de nuptiis puellae quaereretur, nec inter tutorem & matrem & propinquos de eligendo futuro marito conveniret, arbitrium Praesidis provinciae necessarium visum fuit, *l.* 1. *C. h. t.* scilicet si puella minor, orto forte inter honestos plures matrimonii competitores certamine, cultu verecundiae propriam noluerit voluntatem deponere coram propinquis, ut habet *d. l.* 20. *in fine C. h. t.* Alioquin neque tutorum, neque curatorum, neque cognatorum & affinium consensum jure civili ad nuptias pupillorum necessitatis fuisse, certi juris est, *l. sciendum* 20. *ff. h. t. l. in copulandis* 8. *C. h. t.*

11. Verum ab hisce juris civilis placitis divortium per mores magna ex parte factum est. Etenim primo quidem Edicto Caroli V. 4. *Octobr.* 1540. *art.* 17. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 319. 320. constitutum fuit, eum qui puellam annis viginti minorem duxerit, quaeve adolescenti minori annis viginti quinque nupserit, non impetrato consensu patris aut matris talium minorennium, aut majoris patris proximiorum cognatorum, si parentes deficiant, aut denique ipsius magistratus, cujus jurisdictioni minores tales subjecti sunt, nihil lucrari posse ex bonis talis minorennis seducti vel seductae, sive donationis, sive doarii, sive institutionis, sive legati, sive statutariae aut pactitiae communionis titulo, de quo postremo latius in *seqq. h. tit.* Quae poenae deinde *Edicto Politico Ordinum Hollandiae anno* 1580. *art.* 3. & 13. non modo confirmatae, sed & matrimonia, sine parentum aut alterutrius adhuc superstitis consensu inita, ipso jure nulla renunciata sunt. Cui consequens est, ut & ad parentum desiderium tales conjunctiones, licet concubitu jam confirmatae, dissolvi debeant, si parens rigido jure uti velit, nec exorari se patiatur, quo minus sua acerbe utatur potestate, Groenewegen *ad princip. Instit. de nuptiis n.* 2. 3. 4. Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 14. *num.* 63. & *seqq.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 1. *c.* 13. *n.* 9. *in med.* parens p. mem. Paulus Voet *ad pr. Instit. de nuptiis n.* 11. Quod & Zelandi videntur secuti *ordonnantie van Politie van Zeeland.* 8. *Febr.* 1583. *art.* 7. & 22. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 351. 355. Ultrajectini quoque jusserunt, in universum denegari denunciationum solemnia & nuptiarum celebrationum omnibus minoribus 25. annis parentum consensu destitutis, non admissa quantum ad aetatem attinet differentia in sexu, *novellas decis. Ultrajectina* 14. *Apr.* 1659. *art.* 14. & ad eam Wesel. Idemque etiam Frisis placuisse in filiis pariter ac filiabus, intra vicesimum quintum aetatis annum constitutis, suggestis multis rationibus monet Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 1. *defin.* 4. & 5. Nec aliam Gelris stare sententiam patet ex iis, quae habet Lamb. Goris *advers. tract.* 3. *cap.* 10. Ordinibus denique Generalibus, quantum ad regiones suae potestati subjectas, hoc ipsum justum visum fuit. *Echt-reglement van de Staten Generaal* 18. *Martii* 1656. *art.* 43. & *seqq. vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2438. Neque prodesse potest minoribus, quominus hunc consensum adhibeat, quod ecclesiastica aliqua, aut politica, aut militari dignitate, jam conspicui sint, aut seorsim a parente tanquam emancipati agant, seseque exhibeant; eo quod dignitas aut habitatio separata, mutationem adferre non solet in iis, quae certum annorum numerum requirunt ad actum gerendum, quoties id disertim lege cautum non est. Quod & apertissime ab Ordinibus Generalibus sancitum est. *Echt-reglement van den* 18. *Martii* 1656. *art.* 37. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2437. Licet alioquin in aliis Juris articulis sacerdotium, & dignitas magistratus, & separata habitatio ex parentis consensu, numerentur inter modos, quibus patriae potestatis jus secundum mores hodiernos tolli solet, ut dictum *in tit. de adoption. n.* 10. & 12.

12. Quod si liberi majorennes sint, id est viginti vel viginti quinque annis majores pro diversitate statutorum, in sexu diversitatem annorum aut aequali-

(*) *Non eo usque requiritur ad validas nuptias consensus parentum, ut eo deficiente irritae ac nullae prorsus sint. Jus Canonicum non ad valorem, sed ad honestatem nuptiarum, parentum consensum postulat. Nam contrahentium voluntas exigitur ad valorem contractus, praeterea nihil; notum jam et vulgatum id est post Trident. Synodi decretum.*

tatem admittentium, etiam sine patris consensu nuptias inire possunt, ut tamen parens ante denuntiationum publicarum concessionem citandus sit, si quam forte justam habeat dissensus causam; qui si intra dies quatuordecim non veniat contradicturus, hoc ipso tacite in nuptias consensisse intelligitur, sin sese sistat, nec justam adducat dissensus causam, etiam eo invito liberis nuptiæ permittuntur; justa vero allegata dissensus causa, denegantur. *Ordonnantie van Politie van Holland. art.* 3. *Uytrecht art.* 14. *van Zeeland. art.* 8. *& DD. supra citati.* Usque adeo, ne ut appellandi quidem, aut reformationis petendæ facultas liberis in Hollandia competat, quoties justæ dissensus causæ, per parentes adductæ, a magistratu, vel Judice ordinario, secundum variantia civitatum jura, probatæ fuerint, *Placito Ordinum Hollandiæ* 27. *Sept.* 1663. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 3089.

13. Quamvis autem & in Hollandia & Ultrajecti non modo patris, sed & matris consensus desideretur, tamen in patris matrisque dissensu patris magis, quam matris judicio standum videtur, tum quia patris consilium liberis optimum esse creditur; tum quia pater magis perspectam creditur habere conditionem reliquorum civium, quam mater; qua de causa etiam tutor a patre datus filio emancipato omnimodo, id est, sine inquisitione confirmandus fuit, cum ex adverso a matre datus non nisi cum inquisitione confirmaretur, §. *ult. Instit. de tutelis, l. pater* 4. *ff. de testament. tutela l. mulier* 2. *ff. de confirmando tutore*, tum denique, quia tanta apud nos maritalis in uxorem potestas est, ut sine viri assensu nihil agere queat: cui consentaneum est, ut & in comprobandis aut improbandis liberorum nuptiis ad maritalem sese componat voluntatem, maritoque cedat, Abr. a Wesel *ad novellas constit. Ultrajectin. art.* 14. *n.* 27. post alios ibidem citatos. De cetero dicta hactenus de patris consensu circa nuptias liberorum majorennium, & minorennium, etiam locum sibi vindicant in matre, quoties patre deficiente sola mater superstes est. *Edictum Politicum Ordinum Hollandiæ anni* 1580. *art.* 3. *Placitum Ordinum Hollandiæ* 31. *Julii* 1671. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 506. *Edictum Caroli Quinti* 4. *Octobr.* 1540. *art.* 17. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 319. Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 1. *defin.* 2. *quæst.* 1. Lambert. Goris *adversar. tract.* 3. *cap.* 10. *n. ult.* Respons. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 189. Wissenbac *in disputatione de differentia Theoriæ & praxios, post institutiones n.* 10. Paulus Voet *ad pr. Instit. de nuptiis. n.* 11.

14. Neque illa paterni materni consensus necessitas ex eo cessat, quod forte pater aut mater ad secundas sese nuptias contulerint, cum nusplam id inter nuptiarum secundarum pœnas, in gratiam liberorum primi thori inductas, numeratum inveniatur; in quam sententiam etiam a Curia Ultrajectina itum fuisse commemorat amplissimus D. Johannes a Someren, Curiæ illius tunc Advocatus, nunc Præses integerrimus *in libro de jure novercarum cap.* 4. *sect.* 1. *num.* 1. Abr. a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 14. *n.* 29. Sed nec sola durities patris matrisve in liberos efficit, quo minus eorum ad nuptias consensus secundum ante tradita necessarius sit. Nam etsi sævitiæ manifestæ reus esset, ac occidere videretur, qui infantem suum exponebat seu abjiciebat, *l. necare* 4. *ff. de agnosc. & alendis liberis tot. tit. C. de infantibus expositis*; tamen cum de infantis expositi nuptiis quæstio esset, ac ipsus ille, qui puellam abjectam sustulerat & sumtu suo educaverat, eam suo filio conjungi desideraret, renitentem patrem non ad consensum compelli, sed ad educationis sumtum refundendum damnari, constitutum fuit, *l. patrem qui filiam* 16. *C. h. t.* Diversum foret, si pater materve non mala tristia per duritiem, sed turpitudinem liberis suis imposuerit ac peccandi necessitatem; tunc enim, uti pater jure Romano invitus compelli potuit ad eas potestate dimittendas, vel ipso jure sua patria excidebat potestate, *l. si lenones* 12. *C. de episcopali audientia, l. lenones* 6. *C. de spectaculis &c.* ita iniquum esset, requiri consensum ejus, qui circa liberos & potestate patria & nomine patris indigna commisit. Nec est, quod regeras, patrem etiam ob id, quod contra pietatem male filium affecerat, cogi potuisse ad emancipationem, dum patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere, *l. ult. ff. si a parente quis manumissus sit*, junct. *l. Divus* 5. *in fine ff. ad leg. Pompejam de parricidiis.* Non enim sola in liberos durities prudens parentis ac moderatum circa liberos eorumque nuptias consilium excludit, sed turpes mores. Hinc cum pater jure posset suam filiamfamilias in adulterio deprehensam occidere una cum adultero, hæcque vere durities insignis a legibus probaretur, nec patri etiam alias duro uspiam inveniatur ademta, patri tamen turpi filiæ propriæ lenoni, aut alias tali ut a crimine adulterii accusando depulsus esset, denegata fuit, *l. nec in ea* 22. §. *ult.* junct. *l. marito quoque* 24. §. *ult. ff. ad leg. Jul. de adulteriis.* Hinc & injuriam filiofamilias illatam pater durus nuspiam prohibetur remittere jure civili, prohibetur vilis moribus atque abjectus, *l. sed si unius* 17. §. *interdum* 13. *ff. de injuriis.* Hinc denique juxta sacram paginam patri etiam duro in duris obtemperandum fuit, *epist. Pauli ad Coloss. cap.* 3. *vers.* 20. 21. *ad Ephesios cap.* 6. *vers.* 1. 2. 3. 4. non item turpi in turpibus. Quod si parentes prodigi declarati sint, nec tunc consensum eorum requiri verius est: cum absurdum videatur, illis, qui alieno consilio in rebus suis egere noscuntur, & alieno arbitrio regi debent, alieni matrimonii curam permitti, arg. §. *itum major* 13. *Instit. de excusat. tutor.* Et sane, si patri, qui moribus talis est, ut ei jure meritoque curator a Prætore constituitur, arbitrium remittendæ injuriæ, filio suo honesto illatæ, relictum non fuerit, etiam vilissimo tali patri concedendum haud videtur, ut liberorum suorum nuptias ad suam metiretur vel utilitatem vel vilitatem, arg. *d. l. sed si unius* 17. §. *interdum* 13. *ff. de injuriis.* Atque ita a Parisiensi Senatu judicatum refert post Antonium D'Espeisses, Abr. a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 14. *n.* 22.

15. Avum quod attinet aviamve, si parentes deficiat, post varias pro avita auctoritate disputationes, quas habet Brouwer *de jure connub. lib.* 2. *cap.* 24. *n.* 7. tandem in Hollandia definitum fuit, appellatione parentum, quorum consensus ex edicto eorundem Ordinum Politico *anni* 1580. requisitus fuit, avum aviamve haud contineri, *Placito Ordinum Hollandiæ* 31. *Julii* 1671. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 506. Et merito; cum enim moribus hodiernis liberi primi gradus per nuptias subducantur patriæ potestati, non poterant nepotes, ex iis jam sui juris factis concepti

ac nati, in avi potestate censeri; ut plenius adstructum fuit *tit. de his, qui sui vel al. juris sunt*, *n.* 3. Ultrajectinis tamen aliud placuisse videtur, quoties deest pater & mater. Wesel *ad d. art.* 14. *num.* 33. Et quamvis aliis multis juris articulis parentum nomine etiam vitricus & noverca contineantur, non tamen in eo, ut & vitrici aut novercæ consensus ad privigni privignæve nuptias necessarius sit, D. Someren *de jure novercarum.*, *c.* 4. *sect.* 1. *n.* 1.

16. Curatorum consensum in nuptias minorennium jus Hollandicum non requirit, ut colligi potest ex *d. art.* 5. *Edicti Politici anni* 1580. quos tamen audiendos esse, vult Brouwer *de jure connubior. l.* 2. *cap.* 24. *n.* 7. Zelandi ex adverso cum alterutrius parentis etiamnum superstitis consensu tutorum quoque (si qui sint) auctoritatem desiderant; ac deficiente parente utroque, non tutorum tantum, sed & cognatorum proximorum assensum exigunt, *Edictum Politicum Zelandiæ* 8. *Februar.* 1583. *artic.* 7. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 552. Ultrajectini solo parentis unius superstitis consensu contenti, tum demum curatorum postulant auctoritatem, cum minor annis viginti quinque, orbatus parente, solo curatorum auxilio regitur; uti ter eadem in lite; adeoque tandem in supremo revisionis judicio vice sacra judicatum fuit, cujus litis prolixam commemorationem habet Abraham a Wesel *ad d. art.* 14. *novella decisionis Ultrajectinæ n.* 55. In Frisia curatorum consensum in nuptias masculorum, qui necdum vicesimum quintum, ac puellarum, quæ necdum vicesimum annum superarunt, necessarium esse, patet ex statuto Frisico, ac iis, quæ ea occasione scripsit Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 1. *defin.* 6. & 7. Licet autem in Hollandia neque tutores, neque agnati proximi impedire queant ipsas nuptias puellarum annis viginti, aut pupillorum annis viginti quinque minorum, tamen, ne teneræ istius ætatis seductiones tentarentur spe lucri insignis, quod vel ex statutaria communione, vel ex pactis dotalibus, vel ex testamentis, in Hollandia seducenti ex bonis minoris seducti aut seductæ obvenire posset, in Hollandia etiamnum videtur usu vigere constitutio Caroli Quinti 4. *Octob. anni* 1540. *art.* 17. vetans, ne ducens minorem, aut nubens minori sine auctoritate proximiorum cognatorum istius minoris, ex seducti minorennis bonis quicquam lucretur, jure statutariæ aut pactitiæ bonorum communionis aut pacti de lucranda dote, aut donationis aut institutionis, aut legati, aut alterius cujuscunque tituli lucrativi. Juris certe hujus etiamnum servandi auctores sunt Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holland. lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 2. & *seqq.* Groenewegen *ad l.* 8. *C. h. t.* Ant. Matthæus *paræmia* 2. *num.* 17. 18. Quamquam penitius examinanti verba Edicti Politici Ordinum Hollandiæ contraria sententia forte firmiore videri potest fundamento niti. Cum enim neque in articulo tertio istius Edicti, neque in ulla alia ejus parte, ad nuptias minorum exigatur assensus, aut tutorum aut cognatorum proximiorum, nulla quoque imposita censeri debet aut reservata pœna illis, qui neque in verba, neque in sententiam Edicti commiserint: ac proinde quando Ordines Hollandiæ in ejusdem Edicti articulo decimo tertio jubent *irritas ac ipso jure nullas esse nuptias*, *non ex præscripto istius Edicti contractas*, ac mox subnectunt, *per hoc suum Edictum se nolle derogare placito Imperatoris Caroli V. anni* 1540. *circa nuptias minorum*, & *pœnas eo comprehensas*, non potest intelligi reservata pœna, nisi quatenus ipsius etiam Carolini Edicti dispositio servata fuit; quæ cum Ordinibus tantum placuerit circa consensum parentum, at non circa cognatorum auctoritatem, id unum videntur significasse, non sola nullitate matrimonii, sed & antiqua Caroli Quinti pœna eos coercendos esse, qui contra Edictum Ordinum nuptias cum minorennibus, consensu parentum destitutis, quocumque modo inivissent; cum antea ex Edicto Caroli Quinti matrimonia talia non fuissent pro nullis habita, adeoque non esse in locum veteris pœnæ Carolinæ surrogatam, sed eidem reservatæ superadditam hanc novam nullitatis pœnam. Interim, cum vulgata Grotii atque Groenewegii opinio a providentia ætatis lubricæ ac æquitate commendabilis sit; eadem posita, id observandum videtur, non tunc unius lateris cognatorum assensum sufficere ad evitandas Edicti Carolini pœnas, sed materno simul & paterno latere ac genere junctos oportere suum præbere consensum, tum quia cognatorum consensus quodammodo subsidiarius est; supplens quasi vices patris pariter matrisque deficientes, ut patet ex d. Edicto Carolino, *art.* 17. qualis patris matrisque repræsentatio non aliter rectius, quam per utriusque cognatos fit; tum quia olim in Hollandia si quæ ex utilitate pupillorum viderentur esse, veluti tutorum dationes, vel petitiones pupillis testamentarios tutores non habentibus, hæc a *quatuor quartis*, seu cognatis avi paterni & materni, aviæque paternæ & maternæ, vel saltem a cognatis lineæ paternæ & maternæ expediri debebant; quemadmodum & ea, quæ tutoriam excedebant potestatem, veluti immobilium alienationes, consultis iisdem *quatuor quartis*, tractari solita, ut docet Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *c.* 7. *n.* 15. & *seqq.* & *n.* 21. 22. ut & *c.* 8. *n.* 15. & *seqq.* alibique cum denique, quia æquum, ut illi consulantur, quibus spes succedendi in bona eorum, de quorum nuptiis quæritur, competit, quales in Hollandia sunt ex jure Æsdomico & Scabinico cognati utriusque lateris, licet non eodem modo. Confer Responsa Jurisc. Holl. *p.* 3. *vol.* 1. *consil.* 158. *vers. quoad q.* 2.

17. Illud non satis expeditum, an & ad nuptias vidui vel viduæ minorennis sub pœnis ante descriptis requiratur eorum consensus, quorum auctoritatem supra pro statutorum varietate ad nuptias minorennium primas requiri dictum est? Viduos sane viduasque, cum semel per nuptias patriæ atque tutoriæ fuerint subducti potestati, in eadem haud recidere soluto matrimonio, utcunque minorennes fuerint, antea a nobis prolixius firmatum fuit *tit. de adoptionibus n.* 14. Cui consequens videtur, consensum parentum, aut quondam tutorum, aut proximiorum cognatorum haud esse necessarium ad nuptiarum ab hisce contrahendarum validitatem, si non aliud in contrarium statutis cautum, aut inveterato more receptum sit. Ista utique ratione, quod primarum nuptiarum virtute patria atque tutoria potestas soluta fuit, viduos viduasque minorennes sine parentum consensu ad alia posse vota transire, ab Ordinibus Generalibus constitutum est, *Echt-reglement van de Staten Generaal* 18. *Martii* 1656. *art.* 47. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2439. Itemque in Hollandia obtinet, quia in Edicto Politico *an.* 1580. *art.* 3. in quo de parentum consensu agitur,

tantum sermone Belgico sit mentio *van Jongmans jonge Gesellen*, *jonge dochters jong Luyden*, quibus vulgo denotantur, qui needum ullo matrimonii vinculo copulati sunt, Groenewegen *ad l.* 18. *C. h. t.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 1. *c.* 13. *num.* 11. Brouwer *de jure connubior. lib.* 1. *c.* 16. *n.* 6. *et seqq.* Contra tamen Ultrajecti ad viduarum minorum nuptias consensus parentum nominatim statuto requisitus est, *Statutum urbis Ultraject. rubric.* 22. *art* 6. *Edictum Ordin. Ultrajectinorum de raptu et clandest. nupt. an.* 1650. ut proinde necesse sit, in novella decisione Ultrajectina *an.* 1659. *art.* 14. vocabula *jonge Luyden*, *Jongman*, *ofte Dochter*, in sensu latiore ac improprio fuisse accepta. Confer Rodenburch *de jure conjugum part. altera tit.* 4. *c.* 4. *n.* 9. *et* 10. *pag. mihi* 173. Wesel *ad d. art.* 14. *n.* 74. *et seqq.* Idemque in Frisia receptum esse, convenienter juri Romano (de quo antea) docet Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *t.* 1. *def.* 3.

18. Observandum autem circa hunc parentum similiumque requisitum ad nuptias assensum, non præcise expressum, sed & tacitum sufficere convenienter juri Romano, dum cognitis nuptiis contrahendis contradictores non extiterunt. Qua ratione, si forte minores per subreptionem impetraverint solemnes ex more faciendas denunciationes, & parentes, aut tutores, aut consanguinei proximiores hæc ipsa scientes passi sint, nec apud eos, quibus id curæ, quibusque obreptum est, intercesserint, quo minus solemnia denunciationum peragantur, ac nuptiæ sequantur, non possunt non videri suo silentio cum certa scientia conjuncto nuptiis talibus, antequam consummarentur, consensum dedisse, atque ita effecisse, ne infirmari possit illa conjunctio, quasi sine consensu facta, & ne locum sibi vindicent pœnæ edicto Caroli V. *an.* 1540. *art.* 17. enarratæ, arg. *l. si ut proponis* 5. *C. h. t.* arg. *l. in sponsalibus* 7. §. 1. *l. sed quæ patris* 12. *ff. de sponsalibus l.* 2. §. *ult. in fine ff. soluto matrim. l. filius familias* 16. *ff. ad Senatusc. Macedon.* Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *t.* 1. *def.* 2. *q.* 2. Groenewegen *ad pr. Instit. de nuptiis n.* 5. Brouwer *de jure connubiorum lib.* 2. *cap.* 24. *n.* 43. 44. etiamsi statutum tam rigide parentum tueretur auctoritatem circa minorennium liberorum conjunctiones, ut ipsis nudum liberrimumque permitteret dissensum, nec eos ullatenus obligaret ad justas edendas dissensus sui causas. Quin imo, si nullam fraudem liberi commiserint, sed ex negligentia eorum, quibus ea cura publice demandata est, denunciationes sine consensu parentum, ac iisdem forte a loco domicilii absentibus, aut alias omnium ignaris, concessæ fuerint ac decucurrerint, nuptiæque ita solemniter secutæ sint, magis est ut ratæ censeri debeant, cum illi, qui nuptias contraxerunt, hoc casu in fraude non sint, sed a suo latere legis patriæ solemnia impleverint, Brouwer *d. lib.* 2. *cap.* 24. *n.* 43. *in fine.*

19. Sed & secundo sciendum est, tunc, cum ab initio, seu tempore contractarum nuptiarum consensus parentum omnino defuit nuptiis minorennium, ratihabitionem quidem postea supervenientem easdem hactenus firmas efficere, ut liberi, etiam ante ratihabitionem concepti, native, legitimi intelligantur, ac parentes remisisse videantur injuriam, sibi ea ratione illatam, neutiquam vero ad eum effectum, ut is, qui minorenni parentum, aut tutorum, cognatorumve auctoritate destituto vel destitutæ, junxit, quicquam ex bonis ejus quocunque titulo capere posset; manente hactenus etiam post ratihabitionem rigore Edicti Carolini, ut ex ipsius Edicti verbis, *art.* 17. comprehensis, in aperto est.

20. Non etiam prætermittendum, pœnas, Edicto Caroli V. *art.* 17. contentas, ita accipiendas esse, ut tantum seducentem non item minorennem seductum seductamve gravent: cui consequens est, seducentem quidem nihil ex pactis dotalibus, donationibus, institutionibus, legatis capere posse ex bonis seductæ, nec statutariam induci communionem, ubi seducti seductæve minoris patrimonium lautius, quam seducentis est; contra vero recte seductum seductamve heredem institui a seducente, legato honorari, lucra pactis antenuptialibus sibi pacisci, nec denique exclusam censeri bonorum communionem statutariam, ubi ea seducto vel seductæ expedire potest, dum ampliores seducentis, quam minoris facultates sunt. Egregia hanc in rem sunt verba Marciani in casu non dissimili: *si tutor pupillam suam contra Senatusconsultum uxorem duxit, illa quidem ex testamento ejus capere potest, ipse autem non potest, et merito; delinquunt enim hi, qui prohibitas nuptias contrahunt. et merito puniendi sunt, quod imputari non potest mulieri, quæ a tutore decepta est, l. ult. ff. de legatis* 1. Quibus similia occurrunt *in l. aufertur* 2. §. 1. 2. *ff. de his, quib. ut indignis, et l. præfectus* 63. *ff. h. t.* Groenewegen *ad l.* 8. *C. h. t. n.* 4. *et ad Grotii manuduct. ad jurisprud. Hollandiæ lib.* 2. *cap.* 11. *n.* 6. Ant. Matthæus *paræmia* 2. *n.* 17. 18.

21. Notandum denique, ita demum pœnis hisce locum esse, si tutores aut agnati justam ab initio habuerint dissensus causam, qua deficiente seu non probata, magistratus auctoritas supplere potest consensum deficientem, ac ex jure requisitum, nuptiasque permittet sine ullo pœnarum metu celebrandas. Non enim permittendum cognatis vel tutoribus, ut successionis fiducia incitati, hereditatemque cognati cognatæve minorennis jam spe devorantes, aut donis a manu, a lingua, ab obsequio profectis redemti, arbitrio suo quasvis impediant subvertantque conditiones nuptiarum etiam quas certum esset a parentibus, si superstites fuissent, haud repudiandas esse, & ita, quantum in se est, malo more cælibatum cognatis pupillisve imponant, arg. *l. pen. C. de sponsalibus.* Atque hinc est, quod in ipso Edicto Caroli V. *an.* 1540. *art.* 17. alternatim exigitur *consensus parentum*, aut, *his deficientibus*, *consensus agnatorum* aut *magistratus loci*, scilicet, si illi, quorum consensus requirebatur, per injuriam renuant assensum præbere, Hugo Grotius inter Responsa jurisc. Holl. *part.* 5. *cons.* 128. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 1. *c.* 13. *n.* 10. *in fine*, Parens p. mem. Paulus Voet *ad pr. Instit. de nuptiis n.* 12. Si modo ille magistratuum assensus ante nuptias contractas impetratus fuerit. Quæ usque adeo vera sunt, ut magistratus, in nuptias consentiens, tutorum aut cognatorum vices supplendo, ut pœnas quidem Edicti Carolini speciali clausula reservare queat; tum quia peccare non videtur, adeoque nec pœnam meretur, qui quid agit auctore Prætore, arg. *l. furti accipe* 6. §. *pactusve* 3. *in fine ff. de his qui not. infam. l. ultim. ff. quod quisque juris in alt. stat. l. Gracchus* 4. *C. ad leg. Jul. de adult.* tum quia Carolina constitutio ita demum pœnas illas obtinere jussit,

si & subsidiaria magistratus auctoritas nuptiis desit; Judex autem severior esse non debet ipsa lege: dum facti quidem quæstio est in potestate judicantium, juris vero auctoritas non est, *l. ordine* 15. *ff. ad municipalem*, *d. part.* 5. *Respons. Jurisc. Holl. consil.* 128. Nec aliud dicendum videtur, si forte parens, in nuptias suæ filiæ, jam forte prægnantis, apud delegatos ad causas matrimoniales, aut magistratus consentiens, protestetur, se non alia de causa pati matrimonii implementum, quam ut familiæ labes, stupro illata, justo matrimonio purgetur. Etenim cum & his parens, licet re integra dissensurus fuisset, nunc tamen re non integra nuptias maluerit, quam continuatum familiæ dedecus; & ita consensisse intelligatur consensu ad nuptias sufficiente, arg. *l. si patre* 22. *ff. h. t.* consequens est, pœnis locum non esse, quæ tantum nuptiis, absque parentum consensu contractis, præscriptæ sunt, etiamsi pater nominatim adiecerit, se reservatas velle constitutionis Carolinæ pœnas: eo quod consentire non debuisset, si voluisset pœnæ locum esse, consentiendo vero effecit, ne adsit delictum, cui pœnam præstituit lex. Nec recte cum Henrico Brouwero *de jure connubiorum lib.* 2. *cap.* 22. *n.* 35. *in med.* obtenditur, parentem invitum nuptias pati, qui patitur tali adhibita protestatione; tum quia contrarium ex *d. l.* 22. *ff. h. t.* jam evictum est; tum quia assertio ipsius haudquaquam per allegatam ab eo *l. pen. ff. de furtis*, probata est; quippe in qua nullum interpositi externi in furtum consensus indicium aut signum est; sed tantum libertus, furtum a patrono suo patiens, patronum non palam furti insimulavit, reverentiali metu præpeditus; nisi & in furtum consensisse dicendus sit, qui videns sibi de domo sua furtum fieri, clamore id ipsum non significavit, sed occultavit se, ne occidatur; cujus tamen contrarium ab Ulpiano discimus, *l. si quis in* 7. *§.* 1. *ff. de furtis*. Sane si clandestinis nuptiis jam contractis, magistratus demum postea de contradicendi causis cognoscens, easdem injustas pronunciet, ac matrimonium jubeat ratum esse, pœnas non ideo minus locum habere, ipso Caroli V. edicto *art.* 17. definitum est. Confer Deckherum *lib.* 2. *dissert.* 15.

22. Quod si non de proximiorum aut tutorum, sed parentum dissensu circa nuptias minorennium quæstio sit, Ultrajecti quidem post novellam decisionem *anni* 1659. *art.* 14. nullas amplius Judicis aut magistratus partes esse, simplicemque paterni maternive consensus denegationem ad nuptiarum impedimentum sufficere, eosque ne ad dissensus quidem rationes apud magistratum exponendas posse compelli, contenditur, Abr. a Wesel *ad d. novell. decis. Ultraject. art.* 14. *n.* 37. in Hollandia quoque, ac locis aliis, pari cum Hollandis jure parique fere edicto utentibus, difficulter admodum pro liberis adversus parentes, nuptiis minorennium intercedentes, pronunciandum esse, ac leviores etiam dissensus causa ab iis adductas, si modo speciem ac probabilitatem quandam habeant, admitti oportere, vix ambigitur: imo nec ibi parentes ad rationes dissensus reddendas cogendos, nec nuptias minoribus ullatenus permittendas esse, utcunque urgentes subessent causæ, ubi mordicus parentes consentire recusant, pluribus defendit Brouwer *de jure connub. lib.* 2. *cap.* 24. *n.* 3. *& seqq.* Verum enimvero, si nil præter falsas, aut frivolas ineptasque prorsus contradicendi rationes ad impedienda liberorum minorennium matrimonia subesse appareat, non est, cur magistratus suas partes haud interponeret, & dissentientis sine causa parentis vices supplendo, minoribus ad nuptias accommodaret auctoritatem. Quid enim, si constiterit, novercæ, aut vitrici superinducti malis artibus, & odiis novercalibus, aut metu restitutionis patrimonii amplioris conjugis prædefunctis usque ad nuptias liberorum jure ususfructus retinendi, aut morositate intoleranda stimulari parentem superstitem, ne assensum præstet nuptiis cum tali contrahendis, cujus conditionem, genus, mores, opes, ætatem, formam, & alia bonus quisque censeret minori conducibilia, ac captanda magis quam aspernanda esse; nonne æquius fuerit, magistratum parenti, jure suo in injuriam perniciemque liberorum abutenti, refragari, quam impeditis ex admisso dissensu irrationabili nuptiis, liberos ad desperationem actos, aut in corpus suum peccare, aut alia perpetrare, quæ in familiæ dedecus ipsiusque tandem parentis proterve dissidentis dolorem ignominiamque cedant, dum non modo coacta matrimonia, sed & sine justis causis impedita, difficiles ut plurimum exitus habent. Et certe, si parentum quidem in liberos suos potestatem illibatam esse oporteat, nec cuiquam mortalium jus suum debeat detrahi, sed interim parentum ipsorum intersit, ne auxilium liberis adversus intolerabilem eorum injuriam denegatur, arg. *§. ult. in med. Instit. de his qui vel alieni juris sunt.* Si consentiendum parentibus non sit, qui injuriam exhæredationis adversus liberos suos testamento inducunt, maligne circa sanguinem suum inferentes judicium, novercalibus delinimentis instigationibusque corrupti, *l. non est enim* 4. *ff. de inoff. testam.* quive in fraudem fideicommissi, suis filiisfamilias post suam mortem restituendi, multa fecisse fiducia patriæ potestatis convincuntur, *l. Imperator* 50. *ff. ad Senatusc. Trebell.* Si denique patri, qui jure patriæ potestatis filiam marito abducere tentabat, persuadendum omnino fuerit, ne acerbe patriam potestatem exerceat, dum justum erat, bene concordantia matrimonia jure patriæ potestatis haud turbari, *l.* 1. *§. ult. ff. de liberis exhibendis*, fas etiam fuerit, id a magistratu præcaveri, ne parens in liberorum injuriam, & sperati matrimonii felicis, atque concordantis eversionem, suique sæpe luctum, sua rigidius abutatur potestate edictis data. Romani sane, licet religiosissimi paternæ potestatis ac reverentiæ custodes atque patroni, licet nuptias filiifamilias, sine patris consensu contractas, jusserint ipso jure nulla esse, subolemque illegitimam inde natam, *§. pen. Instit. de nuptiis*, *l. Paulus respond.* 11. *ff. de statu hom.* non tamen usque adeo parentis arbitrio putarunt deferendum, quin, si is liberos, quos habebat in potestate, injuria prohibuisset uxores ducere, vel nubere, cogendus fuerit per Proconsules Præsidesque eos in matrimonium collocare & dotare, *l. cap.* 19. *ff. h. t.* Quæ, cur non æque, imo magis, ad mores nostros transferat, rationem non animadverto: cum potentior jure civili, quam hodierno, fuerit patria potestas, ac nunc adhuc magis mansuetudine ac pietate regatur; atque insuper Literis sacris admoniti inveniantur parentes, nec irritent liberos suos, neve eos ad iram provocent, *Ephes. c.* 6. *vers.* 4. *Coloss. c.* 3. *vers.* 21. quibus irarum ac exacerbationum causis si prudenter occurrat magistratus, nihil agere vi-

detur, quod debitæ parentibus reverentiæ adversum est.

23. Quibus autem in casibus parentes aut curatores dissensu suo nequeant impedire nuptiarum celebrationem, iis etiam nequeunt eo sub obtentu retinere bona pupillaria; sed ea vel pupillo, uxorem ducenti, vel marito pupillæ nubentis restituenda sunt; cum minor masculus ex jure hodierno per nuptias major efficiatur, & patris ac curatorum subducatur potestati; puella vero minorennis a tutela ætatis transeat in tutelam sexus, ac in mariti sui potestatem, secundum ea, quæ *tit. de minoribus* 25. *annis num.* 6. *& tit. de adoption. num.* 13. scripta sunt; cujus proinde arbitrio uti ipsa regitur, ita & bona ejus administrari regique æquum est. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 139.

24. Causas quod spectat, ob quas cognatorum, aut tutorum, aut parentum circa nuptias liberorum majorennium dissensus a magistratibus admittendus sit, cum neque legibus, neque locorum statutis satis aperte inveniantur definitæ, eas ab arbitrio Judicis providi atque circumspecti potissimum dependere, expeditum est. Discussit præcipuas Henricus Brouwer *de jure connubiorum lib.* 2. *c.* 24. *n.* 6. *& seqq.* ubi inter alia de vitæ turpitudine illius, cui filius, aut filia, aut pupillus, cognatusve jungi cupit, de vitiata ab alio puella, de proco stupratore vel adultero, de vitæ generisve humilitate, paupertate, religionis diversitate, malis proci aut puellæ moribus, conditione meliore ac honestiore matrimonii a dissentientibus ostensa, oblata.

25. Nuptias a puberibus, civibus Romanis, non servis, non peregrinis, fuisse jure Romano contractas, expeditum est. Vide nobilem facti speciem apud Abrah. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 14. *n.* 35. & ea quæ de impuberibus ætate, generationi tamen aptis, scripsit Avus p. m. Gisbertus Voetius *politica ecclesiastica par.* 1. *lib.* 3. *tract.* 1. *de matrimonio sect.* 2. *cap.* 1. *§.* 2. *quæst.* 1. Henr. Brouwer *de jure connubiorum lib.* 2. *c.* 3 *n.* 7. *& multis seqq.* Et quamvis olim neque libertinæ conditionis homines sive masculi sive fœminæ ad nuptias senatorias aspirare potuerint, *l. si senatori* 31. *l. generali* 34. *§. ult. l. semper* 42. *§.* 1. *l. lege Julia* 44. *ff. h. t. l. filiam* 9. *ff. de senatoribus*, ac ne patrum quidem cum plebe connubium fuerit, ut pluribus docet Rævardus *ad l. duod. tabul. cap.* 20. nec scenicæ mulieris cum ingenuo, *l. imperialis* 23. *§.* 1. *C. h. tit.* jure tamen posteriori probatæ nuptiæ patrum cum plebe, Ræ vardus *d. loco* scenicarum cum ingenuis, si modo derelicta vita scenica honestati sese dederint, *d. l.* 23. *§.* 1. ac denique libertorum cum senatoriis, postquam manumissi omnes cœperunt ex Justiniani lege ingenui esse, *nov.* 78. *cap.* 4. Præsides provinciæ, aliique in provincia officium administrantes, eorumque filii, aut nepotes, aut domestici, aut propinqui oriundam ex ea provincia, vel ibi domicilium foventem puellam ducere vetiti ob metum concussionis: ut tamen veterem sponsam ducere, ac filias in matrimonium collocare potuerint, atque etiam provincialem sibi sponsare; ita scilicet, ut officio deposito mulier impune pœnitere posset, arrhis tantummodo redditis, quas acceperat; imo secundum leges posteriores retentis, si eas putaverit non esse reddendas, *l. si quis officium* 38. *pr. & §§. seqq. ff. h. t. l. unic. C. si rector provincia vel ad eum pertinentes sponsalitia dederint.* Quæ usu non obtinere, monet Groenewegen *ad leg. unic. C. si quacunque præditus potestate vel ad eum pertinentes &c.* Simili modo interdictum fuit matrimonium inter pupillam & tutorem, vel filium ejus, vel nepotem, vel heredem, vel libertum, nisi puella a patre suo tutori filiove ejus desponsata fuisset, vel rationes per tutorem jam redditæ, & præter lapsum tempus restitutioni præfinitum. Plane tutor filiam suam pupillo collocare, aut filium suum jungere filiæ ejus, quæ quondam pupilla fuerat, non erat prohibitus, *tit. C. de interdicto matrim. inter tut. & pupillam, l. tutor* 36. *l.* 37. *l. si quis tutor* 60. *pr. & §§ seqq. l.* 67. *ff. h. tit.* Quibus non magnopere inhærendum, cum moribus nostris indistincte inter tutorem, filiumve ejus & pupillam nuptiæ permissæ sint, Groenewegen *ad d. tit. C. de interdicto matrimonio inter tutorem & pupillam*, Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *c.* 13. *num.* 5. *ibique plures cit.* Inter susceptorem quoque ac susceptam de fonte baptismatis, quasi ob cognationem spiritualem, matrimonia a Justiniano vetita, *l. si quis alumnam* 26. *in fine C. h. tit.* at nunc in Hollandia alibique inter Reformatos permissa sunt, Parens p. mem. Paulus Voet *ad princ. instit. de nuptiis n.* 35. Groenewegen *ad d. l.* 26.

26. Porro neque civili, neque hodierno jure Judæis, ac eorum exemplo Paganis aut Mahumedanis cum Christiano vel Christiana ullum connubium est, *l. ne quis Christianam* 6. *C. de Judæis & Cælicol. l.* 1. *C. Theodos. de nuptiis gentilium*, *Echt-reglement van de Staten Generaal* 18. *Martii* 1656. *art.* 50. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2439. 2440. *can. Judæi* 10. *can. cave* 15. *cau. si quis Judaica* 17. *causa* 28. *quæst.* 1. Neque aliud in Hollandia inductum est, ut perperam censet Simon van Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 3. Etsi enim cujuscunque sectæ & religionis, atque adeo etiam Judaicæ, quædam in multis Hollandiæ partibus tolerantia sit, ac proinde omnibus in Hollandia degentibus cujuscunque conditionis, sectæ, aut opinionis circa sacra, præscripta fuerit Edicto Politico *an.* 1580. *art.* 3. certa forma nuptias publice solemniterque contrahendi; sicut & ipsi Judæi matrimonia contracturi Edicto isti parere, formamque in eo propositam observare teneantur, juxta subsecutum aliud Ordinum Hollandiæ placitum 30. *Sept.* 1656. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 504. 505. non tamen inde recte educitur, Ordinis Hollandiæ edicto suo aut confirmasse, aut tolerandas censuisse nuptias inter Judæum ac Christianam, aut vice versa, contrahendas. Sed ne orthodoxis matrimonia cum hæreticis permissa ex juris Canonici dispositione, *can. non oportet* 16. *causa* 28. *qu.* 1. Gothofredus *in notis ad l.* 6. *C. de Judæis.* Quæ tamen apud nos non obtinet, ubi sectæ diversitas inter religionis Christianæ masculos & fœminas nullum matrimonii impedimentum ponit; utcunque conjunctiones hujuscemodi dissuadendæ sint, tanquam difficilem sæpe exitum sortientes, & odiorum, irarum, rixarumque feraces, Groenewegen *ad d. l.* 6. Avus meus Gisb. Voet *politica ecclesiastica par.* 1. *lib.* 3. *tract.* 1. *de matrimonio sect.* 2. *c.* 2. *n.* 3. Parens p. mem. Paulus Voet *ad princ. Instit. de nuptiis num.* 22. Raptoris insuper cum rapta matrimonium interdictum est, in odium pœnamque raptus, *l. unic. C. de raptu virg. & sanctimon. Echt reglement van de Staten Generaal art.* 85.

vol. 2. *placit. Holl. pag.* 2444. licet primitus ex raptu surrexerit nomen Romanum, dum raptæ a Romanis Sabinæ; in cujus etiam memoriam mansit apud eos inter solemnia nuptiarum atque ceræmonias simulatus quidam sponsarum raptus, de quo Rævardus *ad l. duod. tabul. cap.* 21. *in pr.* Si tamen impetraverit raptor a Principe delicti veniam, atque ita abolitum sit raptus crimen, posse eum cum rapta matrimonio copulari, nunc magis placet, quasi sublato per abolitionem impedimento nuptiarum; idque conveniener jure Canonico, *cap. ult. extra de raptoribus*. Quin imo, si, nondum impetrata abolitione criminis, rapta sponte consenserit in nuptias cum raptore, hoc ipso raptus crimen summopere extenuari, præsertim si vis publica raptum haud sit comitata, monet post alios Groenewegen *ad l. unic. C. de raptu virginum, n.* 2. 3.

27. Inter adulterum & adulteram subsistere nuptias non posse, Papinianus auctor, *l. Claudius Seleucus* 13. *ff. de his quibus ut indignis, nov.* 134. *cap.* 12. Et quamvis jure canonico nuptiæ tales comprobatæ fuerint, quoties vivo conjuge insonte nulla inter adulterum & adulteram fides matrimonii contrahendi intercessit, nec hi in necem insontium conjugum quicquam machinati sunt, *cap. super hoc* 3. *cap. significasti* 6. *extra de eo qui duxit in matrim. quam polluit per adulter.* Atque hæc sententia etiam pluribus, religioni Pontificiæ non addictis tum Theologis, tum Jurisconsultis arriserit, quos citat & sequitur Carpzovius *defin. for. par.* 4. *constit.* 20. *defin.* 16. ac pragmaticis nostratibus haud displicuerit, Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 52. 53. 54. *& vol.* 2. *consil.* 71. 72. Parens p. mem. Paulus Voet *ad princ. Instit. de nuptiis n.* 25. Groenewegen *ad l.* 27. *C. ad leg. Jul. d. adulteriis*, tamen, cum & ipsa adulteria latebras quærant, & clandestina soleat esse inter adulteros fidei matrimonialis interpositio; insidiæque ac machinationes in conjugis insontis perniciem structæ, ignotæ sæpe, sæpius difficilis probationis, satius postea Ordinibus Hollandiæ visum fuit, edicto suo matrimonia hujuscemodi in universum damnare atque vetare, ac re ipsa contracta pro nullis habere, si forte crimen, initio matrimonii ignoratum, postea manifestum fiat; ut ita in adulterii crimen prolapsi deterreantur ab insidiis insonti struendis, nullum post hanc legem triumphum habituris; aut, si maxime desint insidiæ, careant saltem dilecti mœchi mœchæve consortio, nec libere licenterque illis fruantur amoribus, qui suum non honestati, sed sceleri, initium debet. *Placitum Ordinum Holl. Julii* 1674. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 507. Quod & jam antea cautum fuerat edicto Ordinum Generalium, *Echt-reglement van de Staten Generaal* 18. *Martii* 1656. *art.* 85. *vol.* 2. *pag.* 2444. nec non placito Ordinum Zelandiæ 18. *Martii* 1656. *art.* 12. *vol.* 3. *placit. Holland. pag.* 593. Confer Avum meum p. mem. Gisbertum Voetium *politicæ ecclesiasticæ par.* 1. *lib.* 3. *tract.* 1. *de matrimonio sect.* 2. *c.* 2. *num.* 4. nec aliud dicendum videtur de eo, qui priori uxori adhuc viventi alteram superinducit, ac ei sese miscuit: cum bigamia simultanea adulterii pœnas mereatur, ut supra *h. t. num.* 1. observatum fuit, & hæc nuptiarum prohibitio etiam pœnæ pars sit; quod & juri Canonico conveniens est, *cap. ex literarum* 4. *cap.* 5. *ult. extra de eo qui duxit in matrim. quam polluit per adult.* Quod si desit quidem adulterium, sed mulier cum alio in sui viri necem conspiraverit, ex lege quidem Cornelia ultimo supplicio plectenda est; sed si quocunque modo pœnam capitalem evaserit, matrimonium inter tales conjuratores usque adeo damnavit jus Canonicum, ut, si mulier cum infideli ita conspirasset, eumque deinceps ad Christianam convertisset fidem, ne tum quidem illud censuerit comprobandum esse, eo quod tale damnum tali lucro compensare Ecclesia non vult, *cap.* 1. *extra de conversione infidelium.*

28. Leprosorum conjugia uti jus civile non prohibuit, ita & jus Canonicum permisit, non modo inter leprosum & leprosam, sed & inter leprosum ac sanam, aut vice versa, si quis sanus aut sana inveniatur, cui talis conjunctio placet, *cap.* 2. *extra de conjugio leprosorum.* Sed ne satius serpat atque propagetur hoc corporis malum, ab Ordinibus Generalibus constitutum fuit, ne unquam leprosus sanæ, aut vice versa, jungatur; leprosus vero leprosæ non aliter, quam ex consensu magistratus, & eorum, quibus talium hominum cura incumbit, proposita in contra facientes exilii pœna, *Echt-reglement van de Staten Generaal* 18. *Martii* 1656. *art.* 49. *vol.* 2. *placit. Holl. p.* 2439. Vetularum quoque effœtarum, senumque nuptias licet olim Romani rejecerint, lege Julia & Papia prohibente, ne quinquagenaria major mulier, aut sexagenario major masculus matrimonio jungantur aliis sive minoribus, sive majoribus, eo quod sobolis suscipiendæ spes videbatur deesse; tamen, quia præter liberorum procreationem alii plures conjugii fines sunt, veluti mutuum solatium & adjutorium, fornicationis evitatio, legitimatio liberorum extra matrimonium antea susceptorum, merito Justinianus eam legem jussit conquiescere, *l. sancimus* 27. *C. h. tit.* cui convenienter nunc vetulas adolescentibus, & senes juvenculis matrimonio copulari, novum non est. Confer Henricum Brouwer *de jure connubior. lib.* 2. *cap.* 3. *n.* 29. *& seqq.* D. Job. a Someren *de jure novercar. c.* 9. *n.* 3. Avum p. mem. Gisbertum Voetium *politicæ ecclesiasticæ par.* 1. *lib.* 3. *tract.* 1. *de matrimonio sect.* 2. *cap.* 2. *in pr.* Castratos non posse nuptias contrahere, spadones posse, quoties vitium curabile est; posse etiam aliquando, perpensis circumstantiis, ad nuptias admitti amentes, furiosos; posse & hermaphroditos secundum sexum, qui in iis prævalet, aut quem elegerint, si utroque valeant, & quæ ea occasione, tum de viris, tum de mulieribus ad generandum non satis apte a natura formatis, prolixe discutiuntur, consulto prætereo, contentus paucos suggessisse, qui plenius ista, vide Thomam Sanchez *de matrimonio lib.* 7. *disp.* 92. *& seqq. usque ad finem & lib.* 1. *disp.* 8. *n.* 15. *& seqq.* Henricum Brower *de jure connubiorum lib.* 2. *c.* 4. Avum meum Gisbertum Voetium *politicæ ecclesiasticæ par.* 1. *lib.* 3. *tract.* 1. *de matrimonio sect.* 2. *cap.* 1. §. 2. *quæst.* 2. *&* 3. Ant. Matthæum *paræm. Belgarum Juriscons.* 2. *n.* 56. DD. *ad tit. decretalium de frigidis & maleficiatis & impotentia coeundi.*

29. Præcipue vero nuptiis impedimento est vinculum nimis arctum cognationis vel affinitatis. Cognatio est proximitas sanguinis, orta ex eo, quod plures commune nascendi principium habent, *l. non facile* 4. §. 1. *ff. de gradib. & affin.* Affinitatis est conjunctio ratione matrimonii inter conjugem & alterius conjugis cognatos. In cognatione considerandæ lineæ

& gradus. Linea vel recta est, vel obliqua. In recta sunt ascendentes & descendentes, veluti pater, avus, proavus, abavus, atavus, tritavus; filius, nepos, pronepos, abnepos, atnepos, trinepos. In obliqua sunt, quorum alter alterum non genuit, sed qui simul communem aliquem agnoscunt stipitem, unde descendunt, seu a quo geniti sunt; qua ratione fratres inter se cognati sunt, qui eodem patre nati; & patrueles, qui eundem avum agnoscunt. Gradus cognationis dicuntur a similitudine scalarum, locorumve proclivium, quos ita ingredimur, ut a proximo in proximum, id est, in eum, qui quasi ex eo nascitur, transeamus, *l. Iurisconsultus* 10. §. *gradus autem* 10. *ff. de gradib. & affinib.* Ut autem investigetur, quoto quisque gradu ab altero distet, unica ad faciendam ex jure civili computationem servanda regula, tot nempe gradus esse, quot sunt generationes, seu, quot sunt personæ, demto stipite, *d. l.* 10. §. *nam quoties* 9. *ff. de grad. & affin.* §. *hactenus* 7. *Instit. de gradibus cognatorum*, quod facile in linea recta deprehenditur, si ab uno, de cujus proximitate quæritur, descendamus ad alterum, vel ascendamus. Pater scilicet filio est in primo gradu, quia vel unica tantum est generatio, qua filium genuit pater, vel unica tantum est persona, dempto stipite, seu patre generante. Eodem modo in gradu secundo, nepos avo est, quia duæ generationes sunt, per quas nepos avo conjungitur, altera, qua avus filium genuit, altera, qua filius nepotem: seu, quia duæ sunt personæ, demto stipite seu primo generante, filius nempe & nepos, demto avo, cognationis hujus primo auctore. Idem de reliquis ascendentibus, ac descendentibus judicium esto. In linea collaterali eadem regula viget; sed tamen illud interest, quod, cum in linea recta tantum ascendendum, aut tantum descendendum fuerit ad inveniendam graduum distantiam; contra in collaterali linea primo ascendendum sit ab uno eorum, de quibus quæritur, usque dum perveneris ad communem stipitem, ac tunc rursus descendendum ab illo communi stipite usque ad alterum, de cujus proximitate quæstio est. Itaque duo fratres sibi invicem in secundo gradu sunt; quia vel duæ gererationes sunt, quibus pater filium utrumque genuit, vel duæ personæ, duo nempe fratres, demto stipite communi seu patre generante. Similiter patrueles seu duorum fratrum filii in quarto gradu sibi invicem juncti sunt; quia ascendendo ab uno fratris filio ad fratrem, ac inde rursus ad patrem, ac a patre descendendo ad alterum fratrem, indeque ulterius ad alterius fratris filium, invenies quatuor personas, demto communi stipite seu avo, vel quatuor deprehendes generationes, per quas factum est, ut hi duorum fratrum filii sibi sanguine juncti sint. Patruum denique, & fratris filium secundum hanc eandem regulam & computandi rationem in tertio gradu sibi invicem nexos esse, manifestum est; dum a fratris unius filio ad fratrem, & inde ad patrem, communem stipitem, ascenditur, iterumque ab illo communi stipite descenditur ad alterum fratrem, qui patruus est; tres namque personæ occurrunt, puta filius fratris, frater, & alter frater, qui patruus est, demto communi stipite, cui frater uterque originem debet: vel, si libeat, tres offendes generationes, duas scilicet, quibus pater, stipes communis, duos genuit fratres, ac dein tertiam, qua frater unus suum filium progeneravit; atque ita vel pro numero trium personarum, demto stipite, vel pro numero trium generationum intercedentium, patruus sui fratris filio in gradu tertio junctus est. Affinitatis nulli quidem proprie gradus sunt, *l. non facile* 4. §. *gradus* 5. *ff. de gradibus & affinibus*, sed tamen quasi gradus quidam, quibus etiam ex parte nomina propria a Romanis fuere tributa; quo respiciens Paulus in *l. Jurisconsultus* 10. *pr. ff. de gradibus & affinibus*, quæ est ex *libro singulari de gradibus, & affinibus & nominibus eorum* scripsit *Iurisconsultum cognatorum gradus, & affinium* (subaudi *nomina*) *nosse debere*. Vocabulum enim *nomina* subaudiendum esse, arguit abunde inscriptio tum libri illius singularis Pauli, tum illius tituli *de gradibus & affinibus, & nominibus eorum*. Circa hos vero affinitatis quasi gradus computandos eadem regula servanda est, quæ circa cognationis gradus jam ante exposita est, eo nempe quasi gradu affinitatis distare maritum a cognatis uxoris, quo gradu cognationis uxor ipsa ab illis distat. Atque ita, quia socer, socrus, vitricus, noverca, parentum loco per nuptias incipiunt esse genero, nurui, privigno, privignæ, & hi vicissim liberorum loco, inde sibi invicem primo quasi gradu affinitatis conjuncti intelliguntur. Pari modo mariti frater, *levir* dictus, ac mariti soror, *glos* appellata, mariti istius uxorem in secundo affinitatis quasi gradu contingere censentur; quia maritus fratri suo sororique secundo cognationis gradu nexus est, *d. l. non facile* 4. §. *quidem* 6. & 7. *ff. de gradib. & affinib.* Sciendum tamen, præter hosce quasi gradus affinitatis insuper jure civili quodammodo, sed magis jure Canonico, notum fuisse primum, & secundum, tertiumque genus affinitatis; quod ex numero nuptiarum, ad affinitatem inducendam intercedentium, dijudicandum est; adeo ut primus affinitatis gradus sit, ubi ex uno tantum matrimonio affinitas est, quod evenit in vitrico aut noverca & privigno aut privigna, in socero itidem aut socru & genero nuruve: denique in mariti vel uxoris fratre aut sorore, reliquisque venientibus a latere cognatis. Est enim vitricus hoc solo, quod matrem privigni uxorem duxit; est socer, quia filiam suam genero nuptum collocavit; est levi, est glos ex uno matrimonio, quod cum uxore sua contraxit leviri aut gloris frater. Quod si matre mea mortua, vitricus aliam duxerit uxorem, aut socer meus, mortua matre uxoris meæ, novercam uxoris meæ superinducat, illa vitrici vel soceri uxor secunda mihi in secundo affinitatis gradu est; cum binis demum nuptiis intercedentibus inter me & tales nascatur affinitas, puta, meæ nuptiæ cum uxore mea, & vitrici, vel soceri mei cum alia, quæ uxoris meæ non mater, sed noverca est. Idemque est, si gener, amissa uxore prima, aliam matrimonio sibi jungat, aut privignus uxorem ducat: nam & illa generi privignive uxor vitricum, socerumve mariti sui non nisi per duplicis matrimonii affinitatem contingit. Sed & in linea collaterali, si uxore mea mortua, inducam aliam, uxoris prioris frater aut soror, mihi in primo genere affinitatis juncti, uxori meæ secundæ incipiunt in secundo affinitatis genere juncti esse: quod & in leviri uxore, vel gloris marito eodem modo sese habet. Quod si hi, qui in secundo genere affinitatis mihi sunt constituti, iterum defuncto eo, vel ea, ex cujus nuptiis cœperant esse in genere secundo affinitatis, aliam uxorem du-

cant, aut nubant alteri, nova illa nupta, aut novus maritus incipit mihi in tertio affinitatis genere junctus, aut juncta esse; eo quod non nisi per triplex matrimonium inter me & tales affinitas computari aut demonstrari potest.

30. Hic cognitis, si quidem de nuptiis quæratur inter ascendentes & descendentes, cognatione junctos, illæ tum jure divino, tum jure civili, tum moribus hodiernis in infinitum vetitæ sunt; unde nec inter patrem & filiam, avum & neptem, proavum & proneptem, nuptiæ ratæ sunt; nec vice versa inter matrem & filium, aviam & nepotem, & sic deinceps, *Levitici cap.* 28. *vers.* 7. *&* 10. *l. nuptiæ consistere* 53. *ff. h. t. Instit. de nupt. Politike Ordonnantie van Holl.* 1580. *art.* 5. quibus jus civile parentes liberosque adoptivos addidit, sive durante, sive finita adoptione, *d.* §. 1. Similis nuptiarum prohibitio est in infinitum inter affines primi generis, qui ascendentibus fuerunt ante matrimonio juncti. Qua ratione improbatæ nuptiæ inter socerum & nurum, socrum & generum, vitricum & privignam, novercam & privignum, aut privigni privignæve descendentes; uti & inter avum vel proavum, & nepotis vel pronepotis prædefuncti viduam, quæ & *pronurus* dicitur, *Levitici c.* 18. *v.* 8. *&* 13. 17. *& c.* 20. *v.* 11. 12. 14. *Deuteronomii c.* 27. *v.* 20. *&* 23. §. 6. *&* 7. *Instit. h. t. l. adoptivus filius* 14. §. *nunc videamus* 4. *ff. h. t. Politike Ordonn. van Holl. art.* 8. 9. Quibus jure Romano adjuncta adoptivi patris, vel adoptivi filii vidua, licet dissoluta adoptione, *l. adoptivus filius* 14. *pr. &* §. 1. *ff. h. t.* item patris adoptivi mater, *l. quin etiam* 55. §. 1. *ff. h. t.* idque ex honestate, licet illa per adoptionem agnata facta non sit, *l. qui in adoptionem* 23. *ff. de adoption.* ut tamen eo jure si quæ mihi uxor fuisset, deinde a me repudiata nupsisset Titio, quem ego postea adrogavi, nuptiæ incestæ non fuerint habitæ, licet res nunc devenerit ad eum casum, a quo initium capere nequit, *l. si qua mihi* 11. *ff. h. t.*

31. In linea collaterali toties cognationis intuitu nuptiæ in infinitum vetitæ sunt, quoties hi, qui eas contrahere volunt, sibi invicem parentum & liberorum loco sunt: cui consequens est, nec patruum, aut avunculum posse ducere fratris sororisve filiam, aut neptem proneptemve; nec amitam, aut materteram fratris sororisve filio, nepoti, vel pronepoti recte nubere; atque ita hic proprie viget illa Justiniani regula, qua, cujus filiam ducere non possum, ejus & neptem ducere vetor, *Levitici cap.* 18. *vers.* 12. *et* 13. *et cap.* 20. *vers.* 19. §. *fratris vero* 3. *et instit. h. t. l. ult. C. de incest. nupt. l. per adoptionem* 17. §. *ult. l. sororis proneptem* 39. *l. etiamsi* 156. *ff. h. t. Politike Ordonnantie van Holland. anno* 1580. *art.* 7. Porro affinium, in eodem quasi gradu constitutorum, par ratio est. Hinc nec patrui, nec avunculi viduam ducere permissum est, *Levitici cap.* 20. *vers.* 20. *et cap.* 18. *vers.* 14. *Politike Ordonn. art.* 11. Jacob. Coren *cons.* 6. ac ex rationis parilitate etiam per affinitatem patruus, aut avunculus non recte duxerit filiam, fratris sororisve uxoris suæ prædefunctæ, nec patruus, aut avunculus viduam filii sui fratris, suæve sororis. Quamvis enim id totidem verbis in sacra pagina vetitum haud inveniatur, & ipsum Edictum Politicum Hollandiæ *an.* 1580. expresse priorem casum non prohibeat *art.* 11. tamen ex analogia id ipsum satis elicitur, dum eadem proximitas inter amitæ, vel materteræ defunctæ maritum & ejusdem defunctæ ex fratre, sororeve natam filiam reperitur, quæ cum patrui aut avunculi prædefuncti vidua intercedit. Qua de causa, cum aliquando supplicantibus hujusmodi nuptiæ ex speciali Ordinum Hollandiæ concessione permissæ fuissent, nonnunquam denegatæ, propter rationes plurimas, in partem utramque adduci solitas, & plenius exhibitas ab Henrico Brouwero *de jure connub. lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 7. Avo meo Gisberto Voetio *politicæ ecclesiast. lib.* 3. *tr.* 1. *sect.* 1. *cap.* 4. *qu.* 2. Johanne a Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *t.* 1. *defin.* 8. Jacobo Coren *consil.* 21. Arnoldo Vinnio *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 13. & facultate Theologica Leydensi *inter Resp. Jurisc. Holl. par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 223. *pag.* 594. *& seqq.* tandem decreto Ordinum Hollandiæ ad interpretationem Edicti Politici constitutum fuit, nullam in posterum in hisce dispensationem ab Ordinibus petendam, aut per eos indulgendam esse, *Interpretatio van de Politike Ordonnantie* 21. *Maii* 1664. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 506. Adde *Echtreglement van de Staten Generaal art.* 58. *&* 63. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2440. His vero per cognationem vel affinitatem parentum loco habitis iterum junxit jus Romanum amitam adoptivam, quæ patri adoptivo soror agnata fuit, id est, vel germana vel consanguinea, nam si patris adoptivi soror fuisset alio patre nata, seu uterina, potuit filius adoptivus talem amitam, seu patris adoptivi sororem, matrimonio sibi copulare; quia illæ demum cognationes per adoptionem inducuntur, quæ legitimæ sunt, id est, quæ agnationis jus habent, §. *item amitam* 5. *Instit. h. t. l. per adoptionem* 17. *ff. h. t.* junct. *l. si qua mihi* 12. §. *ult. ff. h. t.* Qua ratione frater quoque sororis adoptivæ filiam ducere non vetabatur, utpote neque jure civili agnatam ex adoptione, ex qua nemo avunculus sit, neque naturali jure cognatam, *d. l. si qua mihi* 12. §. *ult. ff. h. t.* §. *fratris vero* 3. *Instit. h. t.* Quemadmodum & neptem ex filia patris adoptivi, ut & neptem ex filio, in familia avi paterni haud constitutam, ducere licuit; denique dissoluta adoptione etiam neptem ex filio, in adoptantis familia ac potestate retentam, *l. quin etiam* 55. §. 1. *ff. h. t.* Plane, ut non licuit matrimonio jungi matri patris adoptivi, ita nec materteræ ejus, ita suadente honestate, cum alioquin neque mater, neque matertera patris adoptivi ipsi filio adoptivo cognata vel agnata sit, *d. l. quin etiam* 55. §. 1. *ff. h. t.* junct. *l. qui in adoptionem* 23. *ff. de adoption.* Adde Bachovium *ad Treutlerum vol.* 2. *disput.* 6. *th.* 2. *lit. C.*

32. Quod si in linea collaterali de eorum nuptiis quæstio sit, qui ita sanguine juncti sunt, & non intelligantur sibi invicem parentum & liberorum loco esse, ea tantum in gradu secundo, adeoque inter fratres & sorores, sive utroque, sive uno parente junctos tam divino, quam civili, & hodierno Hollandiæ jure interdictæ sunt, *Levitici cap.* 18. *vers.* 9. *&* 11. §. 2. *Instit. de nuptiis. Politicum Edictum Hollandiæ anno* 1580. *art.* 6. Eademque affinitas in eodem quasi gradu ratio atque prohibitio est. *Levitici cap.* 18. *vers.* 16. *l. fratris* 5. *l. pen. & ult. C. de incest. nuptiis. Politicum Edictum Hollandiæ anni* 1580. *art.* 10. De cætero inter consobrinos & patrueles seu fratrum aut sororum liberos, in quarto gradu constitutos, matrimonium neque jus Divinum, neque jus Hollandicum reprobavit, & jus civile Romanum aperte permisit,

§. 4. *Inst. de nuptiis*, *l. celebrandis* 19. *C. h. t.* Confer Avum p. m. Gisbertum Voetium *politica ecclesiast. par.* 1. *lib.* 3. *tract.* 1. *sect.* 2. *cap.* 5. *q.* 3. Licet illud placuerit juris Canonici auctoribus, nuptiarum prohibitionem ad ipsum quartum cognationis, & affinitatis gradum, secundum juris Canonici computationem, extendentibus, *cap. pon. extra de consanguinitate & affinitate*, atque etiam nonnullis in locis, Protestantium religionem foventibus, nuptiæ inter fratrum sororumque liberos reprobatæ sint, si non dispensatio a majestate impetretur, ut docet Parens p. m. Paulus Voet *ad* §. 4. *Inst. h. t. de nuptiis n.* 3.

33. Quia vero supra de secundo tertioque affinitatis genere mentio habita, sciendum est, jure civili inter eos, qui sibi invicem per affinitatem ascendentes ac descendentes erant, nuptias etiam in secundo affinitatis genere fuisse vetitas; dum a Papiniano responsum fuit, *uxorem quondam privigni conjungi matrimonio vitrici non oportere*; *nec in matrimonium convenire novercam ejus, qui privignæ maritus fuit*; *l. uxorem quondam* 15. *ff. h. t.* Quod ex rationis paritate ad nuptias inter socerum generique viduam, & socrum nurusque viduum porrigendum videtur. Et quamvis hodie hortandi videantur homines, ut ab hujusmodi conjunctionibus abstineant, maxime si res adhuc integra sit, cum secundum Modestinum *semper in conjunctionibus non solum, quid liceat, considerandum sit, sed & quid honestum sit, l. semper in* 197. *ff. de reg. juris l.* 42. *ff. h. t.* atque etiam a facultate Theologica Academiæ Leydensis anno 1666. 26. Junii responsum sit, tales nuptias haud permittendas esse, tamen, quia neque juris Divini neque Politici Edicti Hollandici aperta prohibitio talibus nuptiis intercedit; ac ne jus quidem Canonicum hic quicquam prohibuit, sed generaliter in secundo affinitatis genere nuptias permisit, *cap. pen. extra, de consanguinit. & affinitate*, vix est, ut apud nos adversus talia matrimonia de jure respondeatur, magisque, si dissuaderi nequeant, permittenda sint, Avus p. mem. Gisbertus Voetius *politica ecclesiast. par.* 1. *lib.* 3. *tract.* 1. *sect.* 2. *cap.* 5. *q.* 5. Adde D. Johannem a Someren *de jure novercarum cap.* 15. *sect.* 1. *num.* 5. Ant. Matthæum *de criminibus l.* 48. *t.* 3. *c.* 7. *n.* 26. Henricum Brouwer *de jure connub. lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 4. Cui consequens est, ut longe magis nuptiæ permitti debeant inter eos, qui in secundo affinitatis genere in linea collaterali se invicem contingunt, sive tunc tales sint, qui sibi invicem viderentur parentum ac liberorum loco esse, sive aliter secundo affinitatis genere sibi juncti sunt, *d. cap. pen. extra, de consanguin. & affinit.* Qua ratione subsistunt nuptiæ inter me & viduam fratris uxoris meæ, ut & inter me viduamque patrui vel avunculi uxoris meæ; idemque de cæteris similibus secundi generis per affinitatem conjunctionibus judicium esto. Henricus Brouwer *de jure connubiorum lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 10. Responsa Juriscons. *par.* 2. *consil.* 256. Responsum Theologicæ facultatis Leydensis, & alia juridica *inter Resp. Jurisc. Holl. par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 107. *& seqq. & par.* 4. *consil.* 13. *& par.* 5. *consil.* 106. *pag. mihi* 554. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 23. 24.

34. Licet autem dissoluto matrimonii vinculo, etiam dissoluta intelligatur affinitas, sic ut regulariter statutum, quid prohibens propter affinitatem, de affinitate etiamnum durante accipiendum sit, ac nominatim per Hollandiæ Ordines definitum inveniatur, solam durantem, non item morte conjugis extinctam affinitatem impedimento esse, quo minus affines duo in unum idemque collegium secundum plurimorum locorum statuta cooptentur, etiamsi ex matrimonio dissoluto proles supersit, *Placit. Ordinum Holl.* 30. *Sept.* 1666. *vol.* 3. *placit. Holl. p.* 42. (exceptis iis, qui collegio delegatorum Hollandiæ Ordinum adscribendi sunt, ubi & dissoluta affinitas in secundo quasi gradu impedimento est, *Instructie van de Gecommitteerde Raden van Hollan.* 4. *Octob.* 1670. *art.* 1. *d. vol.* 3. *pag.* 92.) tamen quantum ad nuptias attinet, affinitas demum dissoluta impedimentum struere potest; cum illa adhuc durante, nuptiæ ex eo impediantur, quod quis eodem tempore duas uxores habere nequeat, nec una duobus eodem tempore nupta esse, §. 6. & 7. *Instit. h. t. de nuptiis*, etiamsi post dissolutam affinitatem aliud matrimonium inter quondam affinem & extraneum intercesserit, Brouwer *d. lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 8.

35. Quamvis insuper neque ex solis sponsalibus nascatur affinitas, neque ex concubinatu, aliove citra matrimonium concubitu illicito, arg. *l. non facile* 4. §. *sciendum* 8. *ff. de gradib. & affinib.* tamen quia incertum est, ad quem usque amoris gradum processerint nupturientes sponsi sponsæque, ac illicitus etiam antecedens concubitus efficit, ut contra pudorem naturalem per matrimonium, cum stupratoris stupratæve propinquo subsecutum, detegatur æque nuditas propinquorum, ac id ex subsecuto post nuptias concubitu interdicto contigit: hinc optima ratione constitutum fuit, etsi constaret, nec sponsam filii nurum esse, nec patris sponsam novercam esse, rectius tamen & jure facturos eos, qui ab hujusmodi nuptiis abstinuerint, §. *si uxor* 9. *Instit. h. t.* Nec matrimonia videntur permittenda inter stupratorem & stupratæ cognatam talem, quæ, si non stuprum, sed justæ nuptiæ intercessissent, ob affinitatem, ex nuptiis orientem, fuisset a matrimonio stupratoris arcenda; uti nec vice versa inter stupratam & stupratoris cognatum, simili arcto cognationis nexu stupratori devinctum; si modo de stupro indubie constiterit. Certum utique est, non modo ex justis nuptiis, sed & ex vago concubitu descendentem cognationem, matrimonia impedire, *l. & nihil interest* 54. *ff. h. t.* Certum quoque, non tantum ex matrimonio, sed & ex vetito cum meretrice congressu seu fornicatione eam nasci affinitatem, quæ ex juris Canonici præcepto nuptiis impedimento est, *c.* 3. *c.* 5. *c.* 6. *c.* 8. *extra de eo, qui cognovit consanguineam uxoris suæ vel sponsæ, c.* 2. *extra, de consang. & affin.* Covarruvias *de matrimonio par.* 2. *cap.* 6. §. 7. *n.* 3. Nec dubium, quin jure Romano prope necessaria fuerit conjunctio, si ea, quæ in patroni fuerat concubinatu, deinde filii vel nepotis concubina esse cœpisset, & ideo hujusmodi facinus prohibendum fuerit, ac stupri pœna coercendum, *l.* 1. §. *si qua* 3. *ff. de concubinis*, *l. liberi* 4. *C. h. t.* Expeditum denique, non modo serviles cognationes, sed & affinitates nuptias, per manumissos deinde contrahendas, effecisse interdictas, *l. adoptivis* 14. §. *idem tamen* 3. *ff. h. t.* utcunque nec concubinatus, nec contubernium servorum, apud Romanos legitimæ conjunctiones fuerint, aut nuptiarum effectus sortitæ sint. Quibus consentaneum est, etiam hodie ob natam ex illicito coitu qualem qualem affinitatem matrimonia reprobari, Carpzovius *defin. forens. par.* 4. *constit.* 23. *defin.* 10.

In quam sententiam etiam apertissimis verbis Edictum Ordinum Generalium conceptum est, *Echt reglement van de Staten Generaal* 18. *Martii* 1656. *art.* 63. 64. 65. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 244.

36. Inter conjugis utriusque cognatos, licet utrimque proximos, ac vel in primo gradu conjugibus junctos, cum neque affinitas, neque cognatio intercedat, matrimonium nullatenus interdictum est, etiamsi sæpe contingat, miram inde nominum nasci conturbationem. Quo fundamento nuptias inter comprivignos, id est, mariti filium ex alia uxore, & uxoris filiam ex alio marito, legitimas pronunciavit jus civile, licet habeant fratrem sororemve ex matrimonio postea contracto natos, *l. generali* 34. §. *inter* 2. *ff. h. tit. mariti tamen* 8. *Instit. h. t.* Sed & e converso, si pater filiam viduæ duxerit, nihil obstat, quo minus filius ipsam viduam matrem ducat, atque ita per nuptias fiat quasi patris novercæque pater. Simili modo duos viros alterum alterius filiam ducere, permissum est, *l. Jurisconsultus* 10. §. *tertio* 14. *circa med. ff. de gradibus & affinibus cap. quod super* 5. *extra de consang. & affinitate*, Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 1. *defin.* 9. Brouwer *de jure connubiorum lib.* 2. *cap.* 15. *n. ult.* ibique plures citati.

37. An autem circa conjunctiones, jure Divino propter cognationem aut affinitatem vetitas (secundum ea, quæ supra tradita) Supremus Magistratus, majestate præditus, dispensationem facere, atque ita legis divinæ nexum solvere possit, multoties disputatur, nec desunt, qui in dispensandi licentiam quorundam casuum intuitu proniores sunt, quasi non ita in omnibus conjunctionibus, lege Mosaica interdictis, fœditas naturalis deprehendatur. Prudentius tamen tutiusque eos agere crediderim, qui cum Henrico Brouwero *de jure connub. lib.* 2. *cap.* 16. Besoldo *in delibatis juris ad Pandect. lib.* 1. *pag. mihi* 50. Ant. Matthæo *de nuptiis disput.* 3. *th. ult.* aliisque censent, nulli jus esse, matrimonii cujusvis, in Levitico ob cognationem vel affinitatem prohibiti, gratiam facere; præsertim si consideres, nos nostri ingenioli imbecillitate non satis posse omnes divinæ voluntatis divinique præcepti rationes hac in parte scrutari; dum & Medici experientissimi, & Philosophi acutissimi, arcanum ignorant generationis modum, fœtusque in utero materno formationem; aliis ex semine idque diversimode, recentissimis ex ovo fœtum nasci contendentibus; (uti hanc opinionum varietatem adnotavit Carolus Drelincurtius *in suis adversariis de conceptione*) ac exstituris forte posthac aliis, quibus hæc universa displicebunt, quique in alia omnia iterum abituri sunt. Scripturam sacram si seponas, si nuptiarum prohibitioni, in sacris propter cognationem aut affinitatem propositæ, moralitatem, adeoque obligationem perennem neges, difficile haud fuerit, plura tueri, quasi natura neque turpia neque probrosa, quæ jus divinum execratur, quæque execranda ei esse debent, qui Numinis, in sacra pagina sese revelantis, reverentia ac religione duci vult. Nullam sane quis satis ex nuda ratione adstruxerit vagi concubitus fœditatem; nullam polygamiæ turpitudinem; nullam in matrimonio ad annum, aut biennium, aliudve tempus contrahendo absurditatem; nec satis aperte illicitas monstraverit, incestasque fratrum cum sororibus coitiones, non parentum nefarias docuerit esse cum liberis commixtiones. Quæcunque a Brouwero in egregio de jure connubiorum opere doctissime ex antiquitate, ex historia, ex gentium consensu, ex patribus ecclesiasticis in medium prolata, ac rationibus, a reverentia, ab utilitate publica, a propagatione & educatione fideliore liberorum, ac aliunde petitis, firmata sunt; leviora tamen erunt, ad examen penitius revocata, minusque sufficientia, si non iis præcipuum ab auctoritate præceptisque divinis robur ac pondus accedat. Quæ & ideo venerari mecum constitui, ne latum quidem unguem sciens ab iis in respondendo recessurus (*).

38. Plane de nuptiis, solo jure civili interdictis, dispensari posse per eos, qui majestate præditi sunt, dubium non est; cum ejus sit solvere legis vinculum, qui legem induxit, ut dictum *tit. de legibus n.* 25. Qua ratione nuptiæ ex rescripto speciali Principis aliquando permittebantur inter tutorem & pupillam, *l. pen. Cod. de interdicto matrimonio inter pupillam & tutorem*, inter senatorem & libertinam, *l. si senatori* 31. *ff. h. t.* & viduæ, intra annum luctus constitutæ, *l. solet* 10. *ff. de his qui not. infam.* Ut tamen non temere neque promiscue videatur in hisce dispensatio concedenda, ne legum evilescat auctoritas, & publicæ honestatis vincula sine causa laxentur. Et, si de aliis, lege divina vetitis Princeps ex plenitudine potestatis, atque ex certa scientia sive bene sive male dispensaverit, durum esse adversus stimulos calcitrare, ait Groenewegen *ad l. ult. in fine C. de incest. nuptiis* (**).

39. De incestuosarum nuptiarum pœnis agendum

(*) *Quæ huc aggerit Auctor, non omnia peræque cum nostra disciplina conveniunt; neque enim alios gradus in linea transversali prohibuit, quam usque ad quartum, et modum numerandi gradus præscripsit; quo jure utimur hodie; dispensationem Romano Pontifici reservatam norunt Catholici omnes, eamque etiam ad nonnullos gradus Lev. cap. XVIII et XX. vetitos extendi posse, quod eo capite plura sint vetita non jure naturali (quod immutabile est) sed positivo: et positivum Hebræorum jus ad Christianos non transiit, liberatos jugo legis Mosaicæ, et in libertatem filiorum Dei assertos: quæ ex Hebræis ad Christianos transvecta sunt, nonnulla auctoritate Apostolicæ vel Ecclesiastica, non divina, transmigrarunt: lippis et tonsoribus id notum et alibi adnotatum.*

(**) *De impedimentis Matrimonii jure Mosaico apud Judæos inductis, id certum, neque omnia et singula singulas nationes gentesque tenuisse, neque ad Christianos a veteris legis onere jam liberos pervenisse: aliqua sane quæ jure naturali valuere, valentque, etiam Christianos ut et alias gentes obstringunt; atque positivo jure pro Gentis Judaicæ conditione ac statu invecta sunt, eo tantum et Christianos adstringunt, quo et Ecclesiæ, cui data potestas solvendi ac ligandi, jure revecta sunt. Cessit lex vetus, et omnis cum ea legalium observationum sarcina transiit, idque mansit quod natura ratum fixumque est; nihil ergo mirum si et Ecclesia in nonnullis impedimentis, etiam Lev. cap. 18. vel 20. numeratis, urgentissimis caussis, dispensationem impertiat, quod et a Tridentina Synodo sess. 24. definitum est.*

erit *tit. ad l. Jul. de adulteriis.* Interim vero haud ignorandum, pluribus in casibus conjunctiones illas, quæ initio inspecto nuptias efficere non poterant, ex postfacto tamen cœpisse legitima matrimonia in futurum censeri. Nam, si inter servum & ancillam, durante servili conditione, contubernium fuisset, & in ea conjunctione post manumissionem perseveraretur, placuit, justas inter manumissos nuptias esse, *l. si serva servo* 39. *ff. de jure dot.* Minorem quoque duodecim annis nuptam, tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum expleverit annos duodecim, Pomponius auctor est, *l. minorem* 4. *ff. h. t.* Sed &, si contra mandata Principum contractum sit in provincia matrimonium consentiente muliere, ac ea post depositum officium in eadem voluntate perstiterit, justas effici nuptias, responsum ac rescriptum est, *l. & si contra* 6. *C. h. t. eos qui* 65. *§.* 1. *ff. h. t.* Inter tutorem etiam, vel filium ejus, & quondam pupillam, sed adhuc minorennem, nuptias contractas obtinuit tunc convalituras esse, cum redditæ rationes fuerint, & talem pupilla ætatem impleverit, ut nulla amplius adversus rationum redditionem ex capite minorennitatis restitutione possit juvari, arg. *l. filius a patre* 28. *§. si quis eo* 3. *ff. de liberis & posthum.* Ad hæc, si in senatorio agens ordine libertinam haberet uxorem, quamvis illa jure veteri uxor interim non censeretur, tamen in ea conditione erat, ut, si amisisset dignitatem, illa inciperet uxor esse, *leg. si quis in* 27. *ff. h. t.* Denique ex superveniente patris ratihabitione nuptias in futurum firmari, supra dictum est.

40. Effectus nuptiarum recte contractarum plures sunt; etenim mulier sequitur mariti dignitatem, eamque retinet dum vidua est, secundum ea, quæ latius tradita *tit. de Senatoribus n.* 5. *& seqq.* Sed & forum viri, *l. pen. ff. de jurisdictione*, *l. ult. C. de incolis*, denique & domum, seu domicilium ejus, *d. l. ult. C. de incolis*, *l. exigere* 63. *ff. de judiciis*, *l. mulierem* 3. *ff. h. t. l.* 1. *§. si vir.* 15. *ff. ad Senatusc. Silanian.* Adde *tit. de judiciis n.* 95. *&* 101. Et quamvis per nuptias jure civili diremta non fuerit patria potestas, arg. *l.* 1. *§. ult. ff. de liberis exhib.* nec potestas curatoria respectu minorennium, nuptias contrahentium, arg. *l.* 1. *§. ult.* junct. *leg.* 2. *ff. de minor.* 25. *ann.* nostris tamen & aliorum moribus contrarium placuisse, dictum fuit *tit. de adoption. num.* 13. & *tit. de minor.* 25. *annis n.* 6. *& seqq.*

41. Maritus quoque quin jure civili maritalem nactus fuerit potestatem in uxorem suam, dubium non est, quæ potestas jure veteri parum a patria distabat, quatenus per nuptias, farre- seu confarreatione, vel coemtione contractas, mulier in mariti manum conveniebat, de quibus Rævardus *ad l.* 12. *tabul. c.* 21. *& libr.* 4. *variorum c.* 6. D. Noodt *probabilium lib.* 2. *cap.* 9. *in med.* Sed tamen impedimento non erat, quo minus uxor pro se staret in judicio, ac suo sese suis ex contractibus obligaret arbitrio; quemadmodum nec invita regulariter ex mariti sui contractibus obligabatur, *tit. Cod. ne uxor pro marito, vel maritus pro uxore.* Sed nostris & aliorum moribus multifariam in alia itum fuit: etenim ex nuptiis maritus uxoris suæ curator efficitur, Groenewegen *ad l.* 59. *§.* 1. *ff. de jure dotium*, *& ad d.* 21. *Cod. de procuratorib.* etiamsi adhuc ætate minorennis sit; eo quod per nuptias ex patria ac curatoria exit potestate, atque ita ex statuto majorennis efficitur. Confer Abr. a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 13. *n.* 12. *& seqq. & de connubiali societate tract.* 2. *c.* 3. *n.* 25. 26. Ipsa vero, velut in minorennium classem hoc ipso rejecta (ut dictum *tit. de adoption. n.* 13. & notat Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *c.* 5. *n.* 27.) nullam regulariter habet personam standi in judicio, sed pro ea maritum & agere oportet, & conveniri, de quo ex professo actum multis *in tit. de judiciis num.* 14. 15. 16. 17. 18. 19.

42. Sed nec contrahendo uxor sine mariti sui auctoritate in Hollandia & Frisia semet ipsam aut virum obligare potest; adeo ut ex hujusmodi contractibus neque maritus, neque uxor, stante aut soluto matrimonio conveniri queant, sed contractus ipso jure nullus sit, Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 4. *defin.* 3. *in med.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *c.* 7. *n.* 6. 7. Groenewegen *ad l.* 2. *C. de in integr. restit. minor.* Contra, quam Ultrajecti observatur, ubi mulier vidua, vel heredes ejus, & contractibus durante matrimonio initis sine viri auctoritate, efficaciter conveniri potest, non ad sortem tantum, sed & ad usuras, ex conventione promissas, etiam ratione temporis illius, quo adhuc stabat matrimonium, & sortis petitio necdum permissa erat, sic ut obligatio non inutilis, sed tantum ex incerto matrimonii soluti die executio ejus suspensa intelligatur, *Stat. Ultraject. rubr.* 22. *art.* 5. Rodenburch *de jure conjugum*, *in tract. prælimin. de statutorum diversit. cap. ult. pag. mihi* 185. 187. Auctoritati autem hodie similis habetur ratihabitio mariti; uti enim id vulgo nunc in auctoritate tutorum comprobatum, ita longe magis in marito statuendum est: nam, cum potissimum mariti assensus requiratur, ne quid detrimenti ipse invitus sentiat, non potest non videri firmatus contractus, ab uxore celebratus, ubi de mariti assensu constat, arg. *l. ult. C. ad Senatusconsult. Macedon.* Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 4. *defin.* 3. *in med.* Hugo Grotius *inter Resp. Jurisc. Holl. par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 146. Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *c.* 1. *n.* 21. 22. Groenewegen *ad tit. Instit. de auctorit. tut. n.* 3. Eoque niti putem fundamento, quod a pragmaticis scriptum fuit, statuta vetantia, ne mulier sine mariti assensu contrahat, de contractibus damnosis, non lucrativis & utilibus intelligenda esse, in quantum scilicet bonus quisque paterfamilias haud temere aspernaturus, sed magis ratihabitione sua firmaturus est negotia, unde sibi commodum acquiri deprehendit; aut id eo per stoliditatem quandam vel procaciam faciente, judex saltem perspecta manifesta contractus utilitate, suam esset interpositurus auctoritatem, & ita consensum mariti deficientem suppleturus. Vide Argentræum *ad consuetud. Britann. art.* 424. *gloss.* 1. *n.* 3. Mynsingerum *cent.* 2. *observ.* 34. *n.* 1. Chassanæum *ad consuet. Burgund. rubr.* 4. *§.* 1. versu, *contractus inter vivos n.* 25. *&* 26. Christinæum *ad Leg. Mechliniens. tit.* 9. *art.* 4. *num.* 25. Sande *decis. Frisic. libr.* 2. *tit.* 4. *defin.* 4. *n. med.* Rodenburch *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 1. *n.* 25. *in fine.* Sed etsi maritus præsens atque sciens, uxorem contrahere, non contradixerit, sed tacuerit, magis est ut consensum hoc suo silentio censeri debeat negotio, per uxorem gesto, accommodasse, secundum ea, quæ & jure divino cauta sunt, *Numeror. cap.* 30. *vers.* 6. *& seqq.* arg. *leg. si ut proponis* 5. *C. de nuptiis.* Quod enim

a Carpzovio *defin. forens. par.* 2. *constit.* 14. *defin.* 30. Christiano *ad Leg. Mechliens. tit.* 9. *art.* 4. *n.* 16. aliisque expressus desideratur mariti consensus, quasi præsentia & scientia, cum taciturnitate conjuncta, tantum fictus consensus esset, non satis firmo nititur fundamento, cum utique ad nuptias filiorum familias verus fuerit requisitus parentis consensus, imo jussus, *pr. Inst. de nuptiis*; & tamen, si pater cognitis sui filiif. nuptiis haud contradixerit, illæ consensu firmatæ fuisse dicuntur in *d. l.* 5. *C. de nuptiis.* Et sane est, quod silentium mariti, qui contradicendo & loquendo potuisset actum uxoris impedire, adversus eum interpretemur, argumento eorum, quæ *ad tit. de interrogationibus in jure faciendis num.* 9. dicta sunt.

43. Quod si neque consensu expresso aut tacito, neque ratihabitione maritus uxorium contractum firmaverit, soluto tamen matrimonio uxor, jam vidua facta, recte petierit contractus implementum ab eo, quocum contraxit, si id sibi expedire putet, sive eo in loco degat, ubi & ipsa post obitum viri ex suis contractibus, stante matrimonio clam viro initis, conveniri potest, sive contra ne soluto quidem matrimonio statutum efficacem adversus eam actionem concedat; eo quod mulier contrahens, dum sub mariti tutela est, non absimilis habetur pupillo vel minori, sine tutoris aut curatoris auctoritate contractum, mutuas obligationes producentem, celebranti, quem iis, quibuscum contrahit, non obligari, at eos sibi omnino habere obligatos, apertum est ex *princip. Instit. de auctoritat. tutor. l. Julianus* 13. §. *si quis a pupillo* 29. *ff. de act. emt.* arg. *l. cum interdicta* 6. *C. arbitrium tutelæ*; Tyraquellus *de legibus connubial. gloss.* 8. *n.* 9. Sande *decis. Frisic. libr.* 2. *tit.* 4. *defin.* 3. *post. med.* Quemadmodum nec dubium esse potest, quin exemplo pupillorum, sine auctoritate tutoris contrahentium, maritus & uxor efficaciter obligentur, quatenus ex uxoris contractu, sine mariti consensu inito, locupletiores facti sunt, ita dictante naturali ratione & æquitate, arg. *leg. pupillus* 5. *pr.* & §. 1. *ff. de auctorit. & cons. tut.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 38. Neostadius *de pactis antenupt. observat.* 9. *in notis in fine*, Abr. a Wefel *de connubiali societ. tract.* 2. *cap.* 3. *num.* 42.

44. Est tamen, ubi uxor sine viro recte contrahit: nam si ab alio stipulata sit, aliove modo obligationem ex conventione, ab uno tantum latere obligatoria, quæsiverit, dubitandum non est, quin exemplo pupilli recte sibi, maritoque pariter obligationis emolumentum ita paret, arg. *princip. Instit. de auctor. tutor.* dummodo sciamus, marito soli, non item uxori clam viro, debitum tale contractum exsolvi posse, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 88. Sunt & casus, quibus uxor, absque viro contrahens, se, maritumque efficaciter obligatum reddit; utcunque, contractum damnosum esse, eventus docuerit; puta, si publica mercatrix sit, marito permittente, aut jubendo, aut non contradicendo: si modo mercaturæ intuitu contraxerit, Chassenæus *ad consuetud. Burgund. rubric.* 4. §. 1. ad verba, *nisi sit mercatrix*, Neostadius *de pactis antenupt. obs.* 18. *n.* 6. & *observ.* 19. *in fine.* Sande *decis. Frisic. libr.* 2. *tit.* 4. *defin.* 4. Christinæus *ad Leg. Mechliniens. tit.* 9. *art.* 4. *n.* 10. Grotius *Manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 36. 37. Groenewegen *ad tit. C. ne uxor pro marito n.* 6. Respons. Jurisc. Holl *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 154. Wesel *de connubiali societat. tract.* 2. *cap.* 3. *n.* 27. 28. ibique plura statuta, ac DD. citati. Sive principaliter contraxerit, sive fidejusserit mercaturæ intuitu, sive delegari se ob mercaturam passa sit, sive mutuum ad mercaturam acceperit, vel etiam merces, in quibus negotiatur, pignori obligaverit, imo & res alias immobiles, quoties immobilium obligationi, per mulierem pro mercatura faciendæ, statuta non aperte intercedunt; eo quod maritus, permittens uxori suæ negotiationem, etiam ea omnia permisisse censendus est, sine quibus negotiatio ista commode explicari nequit, arg. *l.* 2. *ff. de jurisdictione.* Hugo Grotius *d. libr.* 1. *cap.* 5. *n.* 37. Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 3. *n.* 20. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 15. *defin.* 16. Abr. a Wesel *de connub. societate tract.* 2. *cap.* 3. *n.* 29. & *seqq.* Nec interest, utrum minorennis, an vero majorennis uxor sit: cum enim non suo nomine, sed magis tanquam institrix a viro suo negotiationi præposita sit, adeoque viri nomine ac mandato intelligatur contraxisse, restitutio ex hac causa concedenda non est, arg. *l. cum mandatu* 23. *ff. de minor.* 25. *annis*, Rodenburch *de tract. de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 1. *n.* 29. Adde *tit. de minor.* 25. *annis n.* 41. & 51. Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 4. *defin.* 3. *in fine.* Plane, si extra mercaturæ causam in alios usus mulier contraxerit, vel fidejusserit, non aliter se, virumque sua obligabit conventione, quam si secundum ante dicta de expresso tacitove mariti consensu constet, veluti si non pro mercaturæ socio, sed alio extraneo prædiorum conductore, vel alia ex causa debitore fidejusserit, ut post Neostadium, Mevium, Rodenburgium, aliosque observat Abr. a Wesel *d. tract. de connub. bonor. societat. tract.* 2. *cap.* 3. *n.* 33. Sande *decis. Frisic. libr.* 2. *tit.* 4. *defin.* 4. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 37. Quin imo, si, marito permittente, unum uxor instituerit genus negotiationis, puta frumentariæ, dein vero vinariam quoque cœperit exercere negotiationem, ac hujus intuitu cum aliis contraxerit, non aliter se, maritumque obligabit, quam si, in hoc quoque posterius vini emendi vendendique commercium maritum expresse, vel rebus ipsis & factis tacite consensisse, probari possit, arg. *l.* 1. §. *igitur* 12. *ff. de exercit. action. l. cuicunque* 5. §. *non tamen* 11. *l. sed si pupillus* 11. §. *conditio* 5. *ff. de instit. actione*, Christinæus *ad Leg. Mechliniens. tit.* 9. *art.* 4. *n.* 11. 12. Sande *d. lib.* 2. *tit.* 4. *defin.* 4. Longe minus uxor recte contraxerit, si maritus, qui ab initio in mercaturam aliumve actum consenserat, deinde re adhuc integra suum consensum revocaverit, & ulteriori negotiatione interdixerit uxori suæ (ut potest), si modo ita interdixerit, ut id contrahentibus potuerit notum esse, facta iis denuntiatione, ne cum uxore contrahant, aliove simili modo contraria voluntate declarata, arg. *d. l. sed si pupillus* 11. §. 2. 3. 4. *ff. de Instit. act.* Rodenburch *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 1. *n.* 9. *in fine.* Quod enim Berlichio *practicar. concl. part.* 2. *conclus.* 18. *n.* 35. aliisque, ab eo adductis, placuit, consensum, a marito semel interpositum, non posse revocari, ita demum probandum est, si vel res amplius integra non sit, vel mulieri jus aliquod de rebus suis disponendi, veluti testandi, quæsitum sit, ex quo maritus damnum in suis rebus non debet metuere, secundum

ea, quæ habet Peckius *de testamentis conjugum lib.* 3. *cap.* 21.

45. Mercatrici uxori non multum dissimilis ea est, quæ marito ex voluntate ejus in exsequendo munere publico assistit, sive mariti publicani negotia tractet, apochas dando, vectigalia, tributa, aliaque accipiendo, sive quæstori marito in recipiendis pecuniis, ac expendendis opem ferat; quoties uxor intra muneris, aut negotii istius terminos sese continuerit, nec ab eo alienis sese miscuerit, arg. *l.* 1. §. *magistratum* 5. *ff. de exercit. act. l. cuicunque* 5. §. *idem Labeo* 9. *ff. de institor. act.* Wesel *de connubial. societat. d. tract.* 2. *cap.* 3. *num.* 35. 36. ibique plures allegati.

46. Præterea œconomiæ intuitu si uxor contraxerit, se, maritumque obligatum reddit, quasi & hic consensu mariti, œconomiæ curam uxori tacite relinquentis ac committentis, contractus firmatus sit, dum aliis mariti plerumque distracti minutiis hisce quotidianis superesse, nec honestum sibi, nec commodum experiuntur, nisi hujuscemodi rei domesticæ cura, ac circa eam contrahendi licentia, ad mariti desiderium uxori publica magistratus auctoritate justas ob causas interdicta sit, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 1. *cap.* 5. *n.* 38. Sande *d. lib.* 2. *tit.* 4. *defin.* 4. Groenewegen *ad tit. C. ne uxor pro marito num.* 6. Ut tamen multum hic Judicis arbitrio videatur relinquendum, an, & quo usque contractus uxoris circa res domesticas, victum & amictum, aliaque similia, ratus habendus sit, & an non modum justum illa in contrahendo videatur excessisse; quod non modo ex more regionis, sed & ex mariti conditione, opibus, consuetudine præteriti temporis, debiti similis frequenti in præteritum agnitione, dijudicandum est, arg. *l. cum alimenta* 22. *ff. de aliment. & cibariis legatis, si cui annum* 14. *ff. de annuis legatis*, Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 1. *num.* 20. *pag.* 114. 115. Abrah. a Wesel *de connubial. bonor. societ. tract.* 2. *cap.* 3. *n.* 37. *& seqq. ad n.* 42. Nec refert, utrum mulier res in familiæ commodum comparaverit, an vero mutuam aliunde sumserit pecuniam, eamque re ipsa in usum familiæ erogaverit, aut etiamnum ipsa nummorum corpora teneat, arg. *l. quod si servus* 3. §. *proinde* 3. *& tot. tit. ff. de in rem verso*, Groenewegen *ad l.* 12. *C. de pignor. & hypoth.*

47. Porro, cum favorabilis esse soleat redemtio captivorum, adeo ut & rerum sacrarum alienationes eum in finem permissæ sint, *l. sancimus* 21. *in fine C. de sacros. ecclesiis*, & donationes ratæ maneant, quingentorum aureorum quantitatem excedentes, actis licet publicis insinuatæ non fuerint, *l. sancimus* 34. *in fine pr. C. de donation.* æquum etiam visum fuit, ratam firmamque haberi uxoris promissionem, in id interpositam, ut a captivitate aut carcere maritus liberetur, si modo utiliter promissionem fecerit, dum minoris prudens alius non potuisset liberationem libertatemque nam mercari: si sexus muliebris fragilitate, ac pia in mariti salutem sollicitudine per alios arrepta, eam, circumscriptam, longe plus promisisse, appareat, quam quod justum erat pro mariti liberatione pendi, vix est, ut ultra id, quod promitti debuerat, ipsa cum marito teneatur devincta, Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 1. *n. ult.* Sed extra hanc causam adeo favorabilem, sola mariti absentia sufficiens non est ad contractum uxoris, clam viro initum, ratum habendum; utcunque maritus necessario ex relegatione absit; cum nihilominus maritalis perduret potestas, & assensus facile literis per maritum absentem interponi queat, vel mandatum generale dari mulieri, tanquam procuratrici, ut ipsa non suo, sed mariti sui nomine contrahat, absentia durante. Confer *tit. de judiciis n.* 16. & Tyraquellum *de legibus connubialibus gloss.* 8. *n.* 6. *& multis seqq.* Rodenburch *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 1. *n.* 16. Licet enim cum aliis Christinæus scripserit, generalem mariti consensum ad omnes actus uxoris firmandos non posse præstari, quasi requireretur consensus in ipso actu, *ad Leg. Mechliniens. tit.* 9. *art.* 4. *n.* 19. tamen id non impedit, quo minus secundum hodiernos mores ut procuratrix mariti sui, mandato generali *cum libera* instructa, omnia gerat, agat, contrahat ex mariti sui mandantis persona; dum vulgo notum, alibique traditum, per procuratores nostros nobis tunc non dominia tantum, sed & obligationes jure acquiri. Præterquam quod supra jam observatum est, non præcise in ipso actu interponi oportere maritalem assensum, sed & ratihabitionem sufficere; quæ cum subsidiaria jussus sit, dubitandum non videtur, quin mariti consensus antecedere æque ac sequi possit, arg. *l.* 1. *C. de procuratoribus.*

48. Quod si maritus furiosus, aut alia ratione inhabilis sit ad consensum contractibus uxori accommodandum, magis est, ut nec tunc uxori simpliciter contrahendi licentia asseratur, velut innuptæ, cum neque nuptias, neque maritalem potestatem perimat furor superveniens, *l. si cum dotem* 22. §. *si maritus* 7. *ff. soluto matrimon.* uti jure Romano patriam non perimebat potestatem, aut commoda ejus patri auferebat, *l. patre furioso* 8. *ff. de his, qui sui vel alien. juris sunt*, *l. qui furore* 20. *ff. de statu homin.* Nec est quod objicias, patre furente filium familias delatam sibi hereditatem perinde adire posse, ac si paterfamilias esset, & commodum hereditatis patri quærere, *l. cum heres* 52. *l. furiosus* 63. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* Id enim in aditione hereditatis delatæ ita placuit jure singulari, & ex peculiari benevolentia, quam Divus Pius circa hanc rem rescripto suo interposuit, *d. l.* 52. ut proinde ad consequentias id producendum non sit, arg. *l. quod vero contra* 14. *ff. de legibus.* Sed nec recte mariti furiosi uxorem ad id adegeris, ut adhibito mariti furiosi curatore contrahat; tum quia durum esset, eam, quæ se sua voluntate unius mariti, cujus personam, industriam, habilitatem, moresque elegerat ac comprobaverat, potestati submiserat, invitam extranei alterius auctoritati subjici, ejusque ab arbitrio in negotiis contrahendis in universum pendere, argumento eorum, quæ dicta *tit. de adoption. num.* 14. tum quia nec filiifamilias de jure Romano suberant potestati curatoris patris sui furiosi, ejusve consensum adhibere tenebantur; sed tantum in nuptiis contrahendis curator interveniebat furiosi parentis, ut congrua ex bonis ejus dos, vel propter nuptias donatio constitueretur, *l. si furiosi* 25. *C. de nuptiis.* Quare non aliud superest, quam ut vel mulier patiatur, ipsum mariti furiosi curatorem ea contrahere, quæ ex re, & utilitate mariti, & uxori esse videbuntur; præsertim, cum in aperto sit, hunc curatorem gestionis omnis rationem reddere oportere, damnumque ex neglectis aut

perperam gestis resarcire: vel secundo ipsa petat, se solam, aut cum aliis proximis, sanguine junctis bonorum mariti sui curatricem publica constitui auctoritate, atque ita omnia expediat tali titulo ac qualitate, quæ in rem suam, maritique sui esse credit. Nec est, quod adeo absurdum existimes, uxorem bonorum mariti curatricem creari, dum uxores a viris, non viros ab uxoribus defendi, æquum Imperator censuit, §. *patitur* 2. *in fine Instit. de injuriis.* Id enim verum, ubi ejus conditionis maritus est, ut uxoris suæ defensionem suscipere atque perficere commode possit. Alioquin, uti causa cognita filiæ pro parentibus suis, ætate aut morbo aliterve impeditis, agere tanquam procuratrici permittitur, *l. fœminas* 41. *ff. de procuratoribus*, & ut, filium patri furioso matrive furiosæ curatorem dari, pietas suasit; licet ita filius illis præficiatur, quibus summam debet reverentiam, ac venerationem, *l. sed & aliis* 2. *l. furiosæ* 4. *ff. de curator. furios. & aliis extra minores dandis*, ita & causa cognita concedi uxori, tanquam curatrici bonorum mariti, & suorum administrationem, injustum non est. Incubuit utique apud Romanos marito sustinere onera matrimonii, atque adeo non se tantum, sed & uxorem & liberos, totamque familiam alendi necessitas, sed cum ad inopiam maritus dilaberetur, permissum uxori fuit, perinde dotem repetere, ac res mariti, pro dotis restitutione obligatas persequi, resque dotales administrare, ac si matrimonium jam dissolutum fuisset, & ita ex dotis repetitæ fructibus tam se, quam maritum liberosque sustentare, *l. ubi adhuc* 29. *C. de jure dotium*, eoque modo illa obire, quæ alioquin non uxoris, sed solius mariti erant. Nec rationem animadverto, cur non & hic, ob intervenientem mariti furorem ea tribuantur uxori, tanquam bonorum curatrici, quæ alias a marito, sanæ mentis constituto, in suum pariter & uxoris usum expedienda forent. Confer varie sentientes Tyraquellum *de legibus connubial. gloss.* 8. *num.* 32. *& seqq.* Christinæum *ad Leg. Mechlin. tit.* 9. *art.* 4. *num.* 24. Rodenburch *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 1. *num.* 17.

49. De marito minore, & ob id etiamnum sub curatoris potestate constituto, disputatum, an non tunc ad uxoris contractum necessarius sit etiam consensus curatoris mariti minorennis; de quo late Tyraquellus *de legibus connubial. gloss.* 8. *n.* 41. *& seqq.* Uti &, an non marito minorenni, qui uxori contrahenti consensit, restitutio in integrum concedi possit, si assensum contractui damnoso accommodatum probet, de quo Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 4. *defin.* 3. *fere in fine.* Sed cum nostris, & aliorum multorum moribus per nuptias dissolvi soleat curatoris potestas, ac cura ipso jure evanescat, minorque incipiat pro majorenne haberi, controversiæ istius nullus apud nos usus est. Nam etsi verum est, aliquando magistratum justissimis de causis etiam post contractum a masculo minorenne matrimonium posse in annos aliquot, continuare curæ durationem secundum tradita *in tit. de minoribus n.* * tamen vix est, ut hujus quæstionis dubitatio subesse possit; cum ex decreto, de cura continuanda interposito, disci debeat, quo usque curatoris potestas respectu talis minoris, jam matrimonio copulati, reservata sit, aut ex adverso peremta intelligatur, dum certi juris est, in iis, quæ non aperte fuerunt jure singulari inducta aut reservata, dispositioni juris communis statutarii standum esse, curamque adeo extinctam censeri.

50. Uti autem contrahere sine viri consensu non potest uxor, ita nec obligationem semel recte contractam dirimere; eo quod æque ex distractu, quam ex contractu uxorio, læsio marito pariter & uxori inferri potest; ac proinde nihil egerit, si clam viro pactum de non petendo interponat, vel acceptilatione liberet debitorem aut jusjurandum ei deferat, jurive suo renunciet, vel jusjurandum remittat in debitoris sui favorem, exemplo pupillorum, quibus itidem hæc omnia negata, quia rerum administrandarum jus iis non competit, arg. *l. jusjurandum* 17. §. *pupillus* 1. *l. jurisjurandi gratiam* 32. *ff. de jurejurando*, *l. novare* 20. §. 1. *ff. de novat.* Late Tyraquellus *de legibus connubial. gloss.* 5. *n.* 5. *& multis seqq.* Quemadmodum nec debitor recte solvit uxori, ignorante vel invito marito, quod marito vel uxori debitum est; &, si solverit, non ultra liberatur, quam quatenus solutum re ipsa in utilitatem, mariti versum est, arg. §. *ult. Instit. quibus alienare licet vel non.* Neostadius *curiæ supr. decis.* 83. Groenewegen *ad Grotium lib.* 5. *cap.* 39. *num.* 26. nisi forte minutum debitum exsolutum sit, quod uxor videri potest in rem œconomicam rursus expendisse, Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 2. *num. ult. in fine.*

51. Cæterum an uxor sine viri consensu dotem prioris matrimonii liberis constituere possit, dicetur *tit. de jure dotium.* An hereditatem sibi delatam adire vel repudiare, videri potest *tit. de acquir. vel omitt. hered.* An sine viri assensu res suas donare, tractandum erit, *tit. de donat.* An sine viri auctoritate testamentum condere, explicandum ad *tit. qui testamenta facere possunt.* An denique sine mariti assensu, aut hortatu consiliove, se, aut virum obligare possit delinquendo, discussum fuit *tit. de judiciis n.* 17.

52. Quemadmodum autem circa tutores pupillosque quæri solet, quando ex facto tutoris minor agere vel conveniri possit, secundum *tit. ff. quando ex facto tut. vel curatoris minores agere vel conveniri possint*, ita & hoc loco discutiendum venit; quando ex facto mariti uxor agere, vel conveniri possit, ac quid maritus circa res uxorias, etiam invita uxore, possit, vel non. Qua in quæstione illud quidem minus dubium est, uxoribus soluto matrimonio, ac heredibus earum, licentiam esse agendi ex contractibus per maritum stante matrimonio circa res uxoris, aut res communes, in uxoris aut suam pariter & uxoris utilitatem celebratis: sed quo usque conveniri possit, eique per factum mariti noceri, plenius tractandum est. Ex viri contractibus, stante matrimonio celebratis, uxorem moribus Hollandiæ pro parte dimidia conveniri posse soluto matrimonio, sicut & heredes ejus, etiam si non utiliter, sed per mariti temeritatem, aut prodigalitatem, dissolutamque vivendi rationem æs alienum contractum doceatur, testis est Groenewegen *ad tit. Cod. ne uxor pro mar. n.* 1. Respons. Jurisc. Holland. *par.* 1. *consil.* 39. tum quia secundum ante dicta nullam administrationis bene maleve institutæ rationem reddere compellitur; tum etiam, secundum Groenewegium, ne, si rigida in mariti mores inquisitio permitteretur, in infinitam multitudinem lites excrescerent, & honor matrimonii crebris hujusmodi altercationibus conspurcaretur; tum denique, quia uxor, nolens ex continuata mariti prodigalitate manifesta, quæ

scortis alea similibusque exercetur, diutius obligari, petere potest bonorum separationem (vulgo *boe-delscheydinge*) qua impetrata, publiceque significata, maritus nec ipsam, nec bona ejus obligare potest, ut proinde sibi imputare debeat, si eo neglecto notabilem subeat ex viri facto patrimonii diminutionem, Hugo Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. l.* 1. *c.* 5. *n.* 40. *& seqq.* Neostadius *de pactis antenup. observ.* 8. *in notis.* Atque hæc hactenus etiam Ultrajecti observari, apparet ex Rodenburgio *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 1. *n.* 5. 6. 7. 9. Abrah. a Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *c.* 3. *n.* 50. *& seqq.* ut & apud Frisios, docet Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 5. *defin.* 8. *circa med.* Ut tamen (quod hic in transitu monendum) in eo mores Ultrajectini ab Hollandicis differant, quod de ære alieno, durantibus nuptiis contracto, in Hollandia quidem solus maritus, aut heres ejus in solidum conveniri possit; quia ipse principaliter contraxit, regressum deinde adversus uxorem, aut heredem ejus non nisi pro semisse inquietari debeant. Hugo Grotius *manuduct. ad Iurisprud. Holl. lib.* 2. *c.* 11. *n.* 14. 15. adeo ut, si maritus vivens ac condemnatus mandaverit, executionem sententiæ dirigi in dotalia uxoris bona, ante plenissimam executionem moriatur, deinceps tantum pro parte dimidia executio ulterius in bonis uxoris dotalibus producenda sit, eamque ipsam illa impedire possit, si æris alieni dimidium offerat creditori: quia per mortem viri maritalis potestas evanuit, & mulier, rerum suarum arbitrium jam nacta, nullo jure pati debebat suis in rebus executionem ultra dimidium; dum nec ultra tenebatur pati actionem, Neostadius *de pactis ante nup. observ.* 7. *in notis, & observ.* 9. *in notis Grotius d. lib.* 2. *cap.* 12. *n.* 12. Nisi maritus bona uxoris stante matrimonio pignori obligasset pro tali debito, quod potest jure maritalis potestatis; eo quod pignus non nisi toto debito soluto liberatur. Respons. Jurisc. *Holl. part.* 1. *consil.* 151. *q.* 2. Cum ex adverso Ultrajecti uxor soluto matrimonio ad debita, per maritum stante matrimonio conflata, in solidum solvenda per creditores compelli possit, æque ac vir aut hæres ejus; quo ipso deterior Ultrajecti, quam in Hollandia uxorum conditio est; dum fieri potest ut ob inopiam mariti, aut heredum ejus inanis viduabus, solidum solventibus, regressus sit, atque ita illæ effectu inspecto ultra dimidium damna ferant, Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *c.* 11. *n.* 44. Quod si conjuges pro tempore Ultrajecti domicilium foverint, deinde illud in Hollandiam transtulerint, aut vice versa; magis est, ut debiti cujusque initium inspici debeat in quæstione, an uxor in solidum, an pro semisse convenienda sit; cum nemo, adeoque nec conjuges, consilium mutare possint in alterius præjudicium, *l. nemo* 75. *ff. de reg. jur.* nec pactis debitorum immutari possit creditorum jus, *l. debitorum* 25. *Cod. de pactis*, *l. Imperatores* 3. *ff. de transact.* Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *c.* 3. *num.* 127. 128.

53. Supradictis consequens est, ex mariti administratione, ac præcipue ex gesta tutela, uxorem obligatam esse una cum viro ad rationes reddendas, ac reliqua solvenda, Sande *d. lib.* 2. *tit.* 5. *defin.* 8. *fere in pr.* Sed & ad solvendum id, in quod fidejubendo maritus se devinxerat, uxorem teneri pro parte, verius est; eo quod absurdum videtur, maritum aperta prodigalitate, certo certius damnosa, posse uxorem reddere devinctam, non posse autem eandem obligare ex fidejussione, quæ sæpe damnosa non est, &, si maxime sit, non ita a levitate, perditisque moribus procedit, sed plerumque justam aliquam fidei interponendæ causam habet, & mutua fidejubendo officia non raro accipiuntur atque præstantur, Groenewegen *ad tit. C. ne uxor pro marito n.* 8. Rodenburch *de jure conjugum, d. tit.* 2. *c.* 1. *n.* 8. licet aliter Frisiis placuerit, angustiore limite maritalem potestatem circumscribentibus, teste Sandio *d. lib.* 2. *tit.* 5. *defin.* 8. *fere in med.* Neque in Hollandia & Ultrajecti interesse puto, utrum inter conjuges statutaria reservata fuerit communio, an ea pacto exclusa sit, & sola placuerit communio acquæstuum; licet aliud scripserit Groenewegius *d. n.* 8. quasi, posita sola acquæstuum communione, fidejussio mariti non magis in Hollandia aut Ultrajecti, quam in Frisia, esset uxori nocitura. Non enim bonorum omnium communio in causa est, quod ex mariti contractibus damnosis uxor obligetur; alioquin nec Frisiis, solam statutariam acquæstuum communionem probantibus, placere potuisset, ex viri tutela, ac contractibus, etiam a prodigalitate luxuque profectis, uxorem teneri. Sed potius illa uxoris obligandæ facultas a maritali procedit potestate, per statutum inducta, quoties pactis dotalibus restricta ac diminuta non est. Et quemadmodum in dubium haud vocatum video, an, reservata tantum inter conjuges Hollandos aut Ultrajectinos communione acquæstuum, damnum ex viri contractibus, luxuriæ ergo celebratis, uxorem gravet, ita quoque non satis jure de eo dubitaveris, an fidejussio mariti obsit uxori, tantum acquæstuum communionem amplexæ. Confer Abrah. a Wesel *de connub. bonor. societat. tract.* 2. *c.* 3. *n.* 45. *&* 46. *ibique DD. cit.* Atque hinc nec probanda videntur, quæ tradita a Simone van Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *c.* 12. *n.* 20. 21. dum censet, hactenus quidem in Hollandia uxorem ex mariti sui fidejussione teneri, ut creditori licentia competat eadem in debiti semissem conveniendi; sed soluto matrimonio ipsam, aut heredes ejus adversus maritum, heredesve contendere posse ad indemnitatem, ac restitutionem ejus, quod ex fidejussione creditori solutum est. Si enim secundum ante dicta etiam contractus maritales, nullam aliam quam luxuriæ exercendæ causam habentes, uxorem ita reddant devinctam, ut nec soluto matrimonio computare, aut rationem quandam gestorum mariti exigere possit; iniquum esset, eam ex fidejussione mariti pro semisse solventem, repetere velle, quasi re familiari per intercessionem eversa.

54. Ex donatione mariti, licet illa immoderata, licet ad profusionem atque prodigalitatem spectans, uxori apud Hollandos vicinasque gentes damnum inferri, verius est. Nam si & venere, & alea absumta per maritum uxori noceant, nocere magis debent effuse, & sine satis gravi causa donata; cum turpior, majoreque cum uxoris injuria conjuncta sit dissipatio patrimonii, scortis facta, quam modum excedens, ac justam non habens causam donatio; nisi appareat, maritum, in cæteris parcum satis, nec inutili deditum profusioni, in fraudem uxoris, aut heredum ejus liberalitatem majoris momenti sine ulla probabili donandi causa exercuisse; dum vel proximioribus ex suo latere, liberis puta prioris thori, aliisve cognatis notabilem patrimonii partem dedit, vel etiam extraneo

prorsus donatario contulit eo tempore, quo uxor jam infirma, vel morti vicina erat, vel aliæ adsunt circumstantiæ, ex quibus præsumtio fraudis abunde elucescit: tunc enim uxori, vel heredibus ejus succurri æquum est, eatenus saltem, ut soluto matrimonio prius tantundem deducat uxor aut heredes ejus, quantum liberalitate, sine causa facta, consumtum est; aut si deducto ære alieno non tantum supersit, Pauliana uxori, ejusve heredibus actio accommodetur ad revocandam donationem, quatenus uxori fraudi fuit. Ita fere post multos allegatos Rodenburch *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 1. *num.* 10. 11. D. Joh. a Sormeren *de jure novercarum cap.* 4. *num.* 1. 2. 4. 5. Abr. a Wesel *de connubial. bon. societ. tract.* 2. *cap.* 3. *num.* 47. & *seqq.* Groenewegen *ad pr. Inst. quib. alien. licet vel non, num. ult.*

55. Porro, sicut donando maritus uxori suæ nocere potest, ubi non apparet manifestum uxoris fraudandæ propositum, ita longe magis non acquirendo id, quod acquirere potuisset. Qua ratione merito responsum fuit *in Consil. Holl. par.* 5. *consil.* 118. nullam uxori comparatam esse actionem ob id, quod maritus matri suæ consenserat, ut universa bona materna filio acquirenda, oneri fideicommissi essent obnoxia sine ulla legitimæ aut Trebellianicæ detractione, adeoque non venirent in statutariam (quæ filio cum uxore sua intercedebat) bonorum omnium communionem, cum mater interminaretur, filium, non in hæc consentientem, sola legitima dimittendum esse. Primo enim nulla in hac renunciatione profusio erat, sed causa justissima, ne alioquin sola cogeretur legitima contentus esse; dum parentibus per mores licet testamento talem suis liberis præfinire electionem, ut vel legitimam solam liberam, vel omnia omnino bona, sed fideicommissi onere gravata, capiant, ut dictum *tit. de inoffic. testamento num.* 64. Sed & secundo, Paulianam actionem pertinere tantum ad eos, qui patrimonium diminuunt, non ad illos, qui id agunt, ne locupletentur, quive Trebellianicæ vel Falcidiæ beneficio, cum possent, non utuntur, leges dictant, *l. quod autem* 6. *pr.* & §§. *seqq. l. patrem* 19. *l. debitorem* 20. *ff. quæ in fraud. credit. alien. sunt ut restit.*

56. Ceterum non tantum contrahendo, sed & delinquendo maritus uxori sæpe nocet, puta si in mulctam pecuniariam ex delicto leviore aut negligentia conventus ac condemnatus fuerit; veluti ob non solutum vectigal, fraudatum censum, &c. non item, si tale delictum sit, ex quo publicatio bonorum sequitur: quippe quo casu solius mariti, non item uxoris bona publicari placuit. Oriturque hæc ex delicto quoque obligandi facultas non ex jure communionis universalis statutariæ; sic enim magis statuendum esset, suum cuique socio dolum obesse; nec pœnam, ex delicto pendendam, societati imputari, *l. cum duobus* 52. §. *ult. ff. pro socio*, sed magis ex amplitudine maritalis potestatis circa personam, & bona ejus. Unde & hæc locum sibi vindicant; licet non omnium bonorum, sed sola acquæstuum communio pactis dotalibus reservata sit: secundum ea, quæ supra de marito, uxorem per contractum obligante, dicta sunt. De his late Lambertus Goris *adver. tract.* 1. *cap.* 4. *n.* 7. & *seqq.* Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *parte altera*, *n.* 1. *seqq. pag.* 307. & *seqq.* Groenevvegen *ad tit. C. ne uxor pro marito*, *n.* 2. 3. Abr. a Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 3. *n.* 56. & *seqq.* & *n.* 67. *ac seqq. et n.* 70. *ac seqq.*

57. Nec prætereundum hoc loco, maritum, uti non acquirendo, quod potuisset acquirere, & juribus suis renunciando uxori nocet secundum superius tradita *num.* 55. ita quoque propter delictum a se perpetratum non acquirentem, quod habuisset, si a delicto temperasset, uxori obesse. Qua ratione, inter conjuges bonorum omnium communio sit, (in qua etiam hereditates alterutri obvenientes contineri, in sequentibus dicendum erit) maritus autem propinquum suum occiderit, cui debebat heres esse, ac ob id hereditate occisi se indignum reddiderit; non jure uxor petierit, sibi dimidiam illius hereditatis partem separari, velut jure communionis quæsita, atque adeo solam partem alteram, quæ marito cederet, eidem ablatam, fisco (vel secundum mores sequenti cognationis gradui) applicari; cum videri nequeat maritus fraudandæ uxoris habuisse propositum; quippe tantum in consequentiam cædis hæreditate tali destituendus; nec dici debeat ullo tempore acquisivisse hereditatem, a cujus aditione lex ipsum depellit, velut jam ante occisi supremum vitæ halitum ex ipsa vulneris lethalis illatione indignum, Anton. Matthæus *paræm. Belgorum Jurisc.* 6. *num. ult.* Sed nec recte soluto matrimonio desiderat, sibi ante divisionem ex communi massa patrimonii assignari jure præcipui tantam quantitatem, quanta erat in parte dimidia hereditatis, quæ propter cædem a marito commissam communioni quæsita non est. Sicut enim nihil uxori dedisse seu donasse cum sui patrimonii diminutione intelligitur, qui hereditatem sibi delatam, aut legatum relictum repudiavit, cum id, quod repudiatum erat, ad uxorem, tanquam substitutam, aut jus successionis ab intestato habentem, aliove simili jure, perventurum, aut apud eam remansurum esset, *l. si sponsus* 5. §. *maritus* 13. *et* 14. *ff. de donation. inter vir. & uxor.* ita nec quicquam censeri debet uxori ademisse, quoties occidens cognatum proximum, ex accidenti tantum subit pœnam indignitatis, quantum ad hereditatem occisi, non subituros, si alius propinquior gradu cognatus occidentem antecessisset. Idemque judicium esto de marito, vel uxore, qui, vel quæ, justam ob causam ingratitudinis a paterna vel materna depulsi successione, id egerunt sua ingratitudine, ne quæratur communioni hereditas quæ ingratitudine cessante, vel in totum, vel saltem legitima tenus, fuisset communioni cessura.

58. Ad alienationes quoque rerum uxoriarum moribus nostris sese maritalem potestatem extendere, dicendum plenius *tit.* 5. *de fundo dotali.*

59. Maritalis denique potestatis effectus est, quod, quando uxor ecclesiæ alicujus intuitu jus patronatus habet, marito competat jus præsentandi nomine uxoris suæ, ut vulgo loquuntur; uti & collatio bonorum ac munerum, quorum collatio dependet a castro vel territorio, ad uxorem pertinente; tum quia jus præsentandi & similia in fructu sunt, atque etiam ad universitatis conductorem, id est eum, qui territorii totius emolumenta una conduxit mercede, transeunt, ut dictum *tit. de usufructu*, *n.* 27. ac patet *ex cap. ex literis* 7. *extra de jure patronat.* tum, quia apud Hollandos maritus etiam jure maritalis potestatis immobilia uxoris bona, licet extra communionem servata (ut dicetur *tit.* 5.) alienare potest, absurdum autem fuerit, ei, qui fontem juris præsentandi, bonorum

munerumque conferendorum, castrum nempe seu territorium, alienare potest, denegari recurrens identidem, ad instar fructus alicujus, præsentandi jus. Nec recte urseris, minores ipsos sine suis curatoribus exercere posse hoc præsentandi jus, ut tradunt Canonistæ; cum longe major, plenior, atque liberior mariti quam curatorum potestas sit. Confer Tyraquellum *de legibus connubial. gloss.* 9. *num.* 6. *et seqq.* Rodenburch *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 1. *n.* 2. *pag.* 197.

60. Illud non satis expeditum est, cum alibi major & amplior, alibi angustior debiliorque maritalis potestas sit, ex cujus loci lege dijudicari oporteat: quanta sit, & ad quæ sese illa mariti in personam & bona uxoris sive potestas sive tutela aut curatio extendat? Sunt enim, quibus placuit, ex sola domicilii lege hoc totum æstimandum esse; adeoque, quicquid marito permittit vel inhibet lex domicilii jure maritalis potestatis agere circa personam & res uxoris, quicquid vicissim uxori agere, contrahere, & se, virumque obligare, sine viri consensu aut vetat aut indulget idem domicilii jus, id omnimodo etiam respectu rerum immobilium, aliis in locis, alio jure utentibus, sitarum, licitum marito, aut uxori illicitumve esse, idque eo fundamento, quod qualitas personæ uxoris vel mariti a statuto personali domicilii impressa, eandem ubique comitetur, & habilem inhabilemve efficiat, etiam quantum ad res immobiles, alibi sitas, ubi magis aut minus ampla mariti potestas est, Rodenburch *de jure conjugum in tractatu prælimin. de statutorum diversitate tit.* 2. *cap.* 1. *num.* 1. 2. 3. Ant. Matthæus *de obligation. disput.* 9. *th. ult. in fine.* Sed cum hæc assertio de statuto personali, territorium statuentis egrediente, jam ante subversa sit, *tit. de constitution. Principum, parte, altera de statutis, n.* 7. 8. magis est, ut quantum ad mobilia quidem, quæ in loco domicilii finguntur præsentia esse, licet vere alibi sint, lex domicilii mariti & uxoris considerari debeat in determinando, quo usque maritalis potestas porrigenda sit, quidve jure licito aut illicito agat clam viro uxor, per nuptias mariti subdita potestati; immobilium vero intuitu spectanda sit lex loci, in quo immobilia quæque sita sunt; quoties non probatur vel expressa inter vicinas gentes conventione, vel inveterato usu conventionem tacitam continente, de juris rigore quid laxatum esse, & ex comitate circa res immobiles alibi sitas ab illius loci magistratu reverenter habitam dispositionem domicilii conjugum, circa mariti in uxorem & res ejus potestatem. Quod omnino evincunt argumenta eadem, quæ circa minorennitatem, & tutelæ curæque durationem in casu variantium statutorum *in tit. de minor.* 25. *annis n.* 8. adducta sunt, ac proinde hoc loco haud repetenda.

61. Quod si post nuptias contractas, fixumque domicilium maritus deinceps alio migraverit, superioribus consentaneum est, ex illa migratione nullam nasci juris mutationem immobilium intuitu; mobilium vero respectu augeri minuive posse mariti potestatem, prout illam lex novi domicilii vel minorem, vel majorem definierit, quam quidem admiserat domicilii mutati seu derelicti jus; sive uxor, in cujus forte præjudicium ex migratione potestas maritalis aucta est, in illam consenserit domicilii mutationem, sive non; adeo ut, aucta per migrationem mariti auctoritate, ne id quidem, quod interest, petere uxor aut heredes ejus possint, nisi id nominatim pacto dotali actum constet, ne maritus alio migret, ut latius tradidi *tit. de judiciis n.* 101.

62. Quæ vero explicatæ hactenus maritalis hujus potestatis inducendæ causa fuerit, an sexus muliebris fragilitas, an mariti commodum, ne ex uxoris contractibus damnum sentiat; an potius simul mariti utilitas & uxoris in eo spectata fuerit, non una potest definitione comprehendi: nam qui innuptas viduas virginesque majorennes sine curatore esse, & omnia suo agere arbitratu patiuntur, his sexus muliebris fragilitas haberi non potuit primaria maritalis potestatis causa; sed vel solum mariti commodum, quoties soluto matrimonio viduam heredesque ejus ex contractibus, clam viro initis, conveniri posse statuunt; vel mariti pariter & uxoris utilitatem censuerunt rationem esse, quoties ne soluto quidem matrimonio in viduam aut heredes ejus actionem indulserunt ex eo, quod stante matrimonio per eam sine viro gestum est. Qui vero nullis omnino mulieribus innuptis cujuscunque ætatis permiserunt sine curatore negotium ullum tractare, hoc in introducenda maritali potestate præcipue sexus imbecillitatem ante oculos habuisse, probabile est. Vide latius Rodenburch *de jure conjugum prælim. pag. mihi* 179. 180. 181. post Joh. a Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 4. *defin.* 1. & 3.

63. Observandum tamen, hanc maritorum curam ac potestatem in suas uxores non omni ex parte similem esse curæ isti, cui minores, prodigi, furiosi, aliique his similes subjecti sunt. Etenim primo quidem tutores ac curatores cum suis pupillis aut minoribus contrahere non posse, expeditum est, ne videantur in rem suam auctores facti, nisi alii contutores sint, quibuscum contrahant, pupillum repræsentantibus, *l. pupillus* 5. §. *item* 2. & *seqq. l. quod dicimus* 7. *ff. de auctorit. tutor.* §. *ult. Instit. de auctorit. tut.* maritum autem cum sua propria uxore contrahere, uti jure Romano permissum fuit, ita & nihil impedit ex hodierno jure; si modo contractus talis in prohibitam non incidat inter conjuges donationem, *l. quod autem* 7. §. *si uxor a.* 6. *ff. de donation. inter vir. & uxor. l. si quis donationis* 38. *ff. de contrah. emtione,* Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 4. *num.* 21. Minores quoque, læsos ex suis contractibus, auctore tutore vel curatore celebratis restitutionem in integrum impetrare posse constat ex *tot. tit. Cod. si tutor vel curator intervenerit, l. ult. C. si adversus rem judicatam.* Contra, si mulier minorennis auctoritate mariti contraxerit, nullam vel ipsa vel maritus ejus restitutionem in integrum jure desideraverit utcunque se tali contractu læsam doceat; secundum ea, quæ scripsi *tit. de minorib.* 25. *annis num.* 51. *in fine.* Tutores insuper ac curatores post finem administrationis reddere tenentur rationes ejus, indemnesque præstare pupillos aut minores, ex vulgatissimis juris principiis; at maritus curator uxoris suæ neque rationes administrationis ei, heredive ejus reddere compellitur, nec ad indemnitatis præstationem, si forte per negligentiam ejus res uxoriæ diminutæ sint, obstrictus est, adeo ut recte a Neostadio traditum fuerit, *rem pupilli salvam esse debere, mariti vero potestate rem mulieris universam absorberi posse*; si scilicet pactis dotalibus aliter huic rei prospectum non sit, *de pactis antenupt. observ.* 9. *in notis in fine.* Atque hinc ulterius, cum bona tutorum pupillis ac mi-

noribus jure pignoris legalis devincta sint pro eo, ut res pupilli vel adolescentis salva esse possit, ut dictum *tit. in quibus caus. pign. vel hypoth. tacite contrah. n.* 11. ex adverso moribus nostris nullam mulier legalem in bonis mariti hypothecam habet pro dotis restitutione; nisi in Hollandia id pacto dotali actum sit, ut uxor, lucri & damni expers, dotem salvam habeat, Sande *decis. Frisic. lib. 2. tit. 4. defin.* 1. *circa fin.* Rodenburch *de jure conjugum tit. 2. cap.* 1. *n.* 2. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 1. *cap.* 12. *num.* 5. Tutores denique ac curatores immobilia minorum bona sine decreto alienare non posse, nec decretum promiscue, sed tantum urgente æris alieni necessitate, aut non vulgari, sed insigniore quadam utilitate interponi, evidens ex *tit. ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt, sine decreto non alienandis.* At maritum res uxoris apud nos, & quibusdam aliis in locis absque ullo decreto, vel urgente causa, suo posse alienare arbitrio, alibi adhibito saltem uxoris assensu, explicandum erit in *tit. de fundo dotali.*

64. Quo usque vero maritalis potestas pactis dotalibus imminui atque limitari possit, *ad tit. de pactis dotalibus* dicetur.

65. Præter maritalem potestatem insuper ex moribus Hollandiæ, & aliarum multarum gentium notabilis nuptiarum effectus est statutaria bonorum omnium inter conjuges communio, *Statutariam* dico, eo quod apud Romanos pactitia quidem universarum fortunarum societas inter conjuges nota, atque etiam æque ac inter alios probata fuit; si modo non donationis causa contracta esset, uti id colligi potest ex *l. alimenta* 16. §. *ult ff. de alimentis vel cibariis legatis, l. cum hic status* 32. §. *si inter virum* 24. junct. §. 26. *ff. de donation. inter vir. & uxor.* eoque respiciunt Nigrinæ laudes, quæ felix animo, felix marito, patrios miscere dicebatur cum conjuge census, & socio participique gaudere viro, secundum Martialem *l.* 4. *epigr.* 74. At ipso jure civili talem omnium rerum fuisse ex matrimonio communionem, neque legibus neque rationibus satis adstructum est; nimisque manifeste jus civile inter uxoris ac mariti res innumeris prope locis distinguit, *l.* 1. §. *si vir* 15. *ff. ad Senatusc. Silan. l. si constante* 24. §. *si maritus* 5. *ff. soluto matrimon. l. hac lege* 8. *C. de pactis conventis, l. cum propria* 5. *l. Cod. si quis alteri vel sibi &c.* ac generaliter inter dotalia, paraphernalia ac receptitia, eorumque jura, administrationem, restitutionem, differentias ponit, quæ nullius essent utilitatis, si ipso jure patrimonii universi communio inter conjuges fuisset ex nuptiis nata. Neque his contrarium est, quod Paulus scripsit, quosdam existimasse, uxorem ne quidem furtum marito facere, *quia societas vitæ quodammodo dominam eam faceret*, *l.* 1. *ff. de act. rer. amot.* seu, ut Gordianus Imperator, quia uxor *socia rei humanæ atque divinæ domus suscipitur*, *l. adversus* 4. *C. de crimine expilatæ hered.* Etenim in *d. l.* 1. improprie prorsus verba accipienda esse docet abunde vox *quodammodo*, & in *d. l.* 4. uxor non alio sensu socia rei humanæ atque divinæ domus dicitur, quam quia conjugium individuam inducit vitæ societatem, seu consortium omnis vitæ, & divini atque humani juris communicationem, secundum Modestini definitionem in *l.* 1. *ff. h. t.* & Tryphonini responsum in *l. si rerum* 52. *ff. de re judicata*, ex quibus uxor uti poterat rebus viri, tanquam suis prout amicorum omnia usu, at non proprietate ac dominii translatione vel communicatione, communia sunt. Confer D. Woodt *probabil. lib. 2. cap.* 9. Lamber. Goris *advers. tract.* 1. *cap.* 1. *n.* 8. 9.

66. In hujus statutariæ communionis originem ac rationem dum inquirunt sollicite viri docti, in diversa abeunt: aliis eam a vetustissimo Germanorum instituto petentibus; aliis eam accersentibus a frequenti apud Batavos adhibita pactione antenuptiali; sponsas nempe, videntes, magnas ex mercatura opes colligi, illius commodi desiderasse participium, atque ita prosperæ, sed & simul adversæ fortunæ consortium stipulatas esse, quodam velut jure societatis; id vero cum & frequens & populare videretur, paulatim in assiduum jus transivisse, Neostadius *de pactis antenup. obs.* 9. *in notis.* Sed cum utraque opinio uti suis fulcitur rationibus, ita majoribus prematur difficultatibus, ab Ant. Matthæo erudite propositis, *in paræm. Belgarum Jurisc.* 2. *num.* 3. 4. 5. 6. nec felicius suam tueatur opinionem Abrahamus a Wesel, illam a Romuli lege derivans *ad novellas constitut. Ultraject. art.* 10. *num.* 22. *& seqq. & de Connub. societat. tract.* 1. *num.* 17. *& seqq.* cum tamen legis illius talis non fuerit sententia, ut ex modo dictis in *numero præcedente* manifestum est; tutius forte fuerit, in re adeo vetusta atque obscura malle cæcutire cum eodem illo viro doctissimo, *n.* 7. quam fatigari ulteriore indagine, aut defensione hujus aut illius opinionis, quæ conjecturas meras, certi nihil, habet; & ita inexplicabilibus difficultatibus semet implicare.

67. Quibus vero populis aliis hæc arriserit statutaria bonorum omnium inter conjuges communio, quibus sola placuerit communio acquæstuum, aut qualis in universum jus singulis in regionibus frequentetur circa bona conjugum propria per matrimonium communicanda, vel communioni per statutum subducta, recensere longum foret, operamque in iis enarrandis, atque industriam jam ante præstiterunt abunde (si opus, inspiciendi) Jurisconsulti Belgæ recentiores, Lamb. Goris *adversarior. tract.* 1. *cap.* 1. *num.* 13. *& multis seqq.* Ant. Matthæus *paræmia Belgarum Jurisc. secunda n.* 2. 4. 5. 6. Abr. a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 10. *n.* 33. *& seqq.*

68. Posita statutaria hac bonorum omnium ex nuptiis communione, omnia ipso jure sine traditione corporalium, & cessione incorporalium communicatur tum præsentia, tum futura, contra quam in pactitia societate jure Romano circa corporalia in futurum quærenda, & incorporalia receptum erat *l.* 1. §. 1. *l.* 2. *l. si quis societatem* 74. *ff. pro socio*, Lamb. Goris *adversar. tract.* 1. *cap.* 1. *n.* 31. Rodenburch *de jure conjug. tract. prælim. de statuter. diversit. tit.* 2. *cap.* 5. *num.* 13. sive stante matrimonio nomine mariti, sive nomine uxoris, sive nomine utriusque emta, aliterve parata sint, idque tum proprietatis, tum possessionis intuitu, Groenewegen *ad tit. Instit. quib. alien. licet, vel non in pr.* Goris *adversar. d. tract.* 1. *cap.* 5. *num. & seqq. & num.* 9. 10. Nec refert utrum conjuges in matrimonium coeuntes æqualem prope substantiam possideant, an alteruter parum, aut nihil, aut minus quam nihil habeat, plus forte debens, quam cui sufficiant patrimonii vires, cum alter opulentus esset; eo quod statuto non distinguente, nec nostrum sit distinguere, Goris *d. tract.* 1. *cap.* 1. *num.* 26. Pe-

ckius *de testam. conjugum lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 1. Abr. Wesel *de connub. societ. tract.* 1. *num.* 27. 28. & *ad novella constit. Ultraject. art.* 10. *num.* 38. Nec quicquam huic detrahit assertioni, quod leonina videatur societas inita; dum alter sociorum tantum lucrum, alter tantum damnum sentit, ubi nimium obæratus alteruter est. Etenim primo lucrum, in futurum quærendum, conjugibus commune erit, ac, quod attinet tempus initii nuptiarum, defendi facile ista communio potest ea ratione, quod tunc opulentus rem, pauper operam in societatem videatur contulisse, ea lege, ut lucrum & damnum commune sit, dum sæpe opera unius atque industria tanti valet, quanti alterius pecunia; præsertim, ubi opera non tantum ex vulgi opinione, sed & ex peculiari affectione æstimanda venit; uti id in nuptiis locum habet, arg. *l. si non fuerint* 29. §. *ita* 1. *ff. pro socio*, §. *de illa* 2. *Instit. de societ.* Eamque in rem egregie Ulpianus *in l. societates* 5. §. 1. *ff. pro socio*, cum ait, *societatem coiri posse & valere etiam inter eos, qui non sunt æquis facultatibus, cum plerumque pauperior opera suppleat, quantum ei per comparationem patrimonii deest.* Sed nec juris diversitatem facit, quod non legitime natus, sed spurius, matrimonium contraxerit, etiam posito jure tali, quod fiscus in bona spuriorum succedat. Cum utique communio illa universalis æque spurio, nuptias contrahendi, prodesse possit, ac potest nocere; nec spurius circa res suas etiam damnosos contractus celebrare prohibeatur, quoties fraudandi propositum deest, arg. *l. deportatus* 15. *ff. de interdictis & relegatis*, nec facile fraudis præsumptio assumenda sit, ubi alia potest bonæ fidei conjectura capi, ac præsertim fraudare non intelligatur, qui aut dispositione juris communis sui domicilii utitur, aut ita circa res suas nuptiarum intuitu cum sponsa paciscitur, ut, alios viros prudentes etiam in cognationis suæ detrimentum pacisci, frequens est, Ant. Matthæus *paræmia* 2. *Belgarum Jurisc. num.* 19. An & intersit respectu hujus statutario communionis, utrum matrimonium ineuntes nobiles, an plebeii sint, infra *h. t. num.* 71. excutitur.

69. Veniunt autem in hanc universalem bonorum omnium communionem omnia, undecunque quæsita, etiam hereditates, legata, donationes, eo fere modo, quo hæc etiam in universali bonorum omnium societate pactitia contineri, docet *l.* 1. §. 1. *l.* 2. *l.* 3. §. 1. *l. si societatem* 73. *ff. pro socio*, Jac. Coren *consil.* 25. *num.* 10. & *seqq.* Adde *tit. pro socio num.* 4. Quin imo, etiam furto, rapina, aliove simili scelere quæsita in hanc venire communionem, verius est, quamdiu conjugibus non extorquentur per eos, qui læsi sunt, tanquam turpiter quæsita, arg. *l. quod autem* 53. & *ll. seqq. ff. pro socio.* Quamvis enim rerum inhonestarum nulla societas sit, ac doli & delictorum turpis atque fœda communio, *l. quod autem* 53. *l. nec prætermittendum* 57. *ff. pro socio*, *l.* 1. §. *plane* 14. *ff. de tutela et ration. distrahend.* tamen id non impedit, quo minus per unum sociorum turpiter quæsita, alterique socio communicata, communia fiant, si principaliter honesta societas contracta sit, qualis & hæc connubialis est, sed in eam delictum atque turpitudo quædam inciderit, unde turpis quæstus obvenit; uti id ex *d. l.* 53. *et seqq.* latius a me traditum *in tit. pro socio num.* 7. quæ dum ab aliis non satis distincte fuerunt considerata, hinc accidit, ut plerique, quos citat Abrah. a Wesel, contrariam sententiam secuti sint, ipso interim nobiscum sentiente, ac suggerente, probabile non esse, quod maritus heredes uxoris a divisione turpiter quæsitorum ex propriæ turpitudinis allegatione ac professione depulsurus sit, cum & ipsius & defunctæ conjugis intersit, non propalari turpitudinem, quæ utrique damnosa esset, ac turpem quæstum faceret, extorqueri, Wesel *de connub. bon. societ. tract.* 2 *cap.* 2. *n.* 165. 166. 167.

70. Cæterum ne singulis enarrandis nimis distringar, illud in genere statuendum videtur, omnia illa quæ in communionem acquæstuum venire tradetur ex professo *in tit. de pactis dot.* etiam longe magis sub universali communione comprehensa intelligi; atque insuper pleraque illa, quæ in quæstuum communione non contineri prævaluit, in universalem nihilominus communionem deducta intelligi. Quod ut magis innotescat, operæ pretium fuerit, omissa commemoratione rerum illarum, quas conjugibus ex matrimonio communicari ambiguum non est, paucis ea excutere, de quibus aliqua dubitandi causa est.

71. In Hollandia quidem, feuda alterutrius conjugis per matrimonium non fieri communia, sed cujusque propria manere, fructusque solos feudi communioni cedere, receptum est, teste Grotio *manuduct. ad Jurispr. Holland. lib.* 2. *cap.* 11. *num.* 8. Groenewegio *ad tit. Instit. quib. alien. licet*, *vel num.* 2. Resp. Juriscons. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 92. Quod tamen ad feuda recta, quæ sine domini consensu inter vivos alienari nequeunt, non perperam forte restrinxeris; cum in his solitis ex communione læsio domino directo videatur inferri, dum ei non consentienti alius pro parte vasallus obtruditur. Si enim feuda hereditaria sint (vulgo *onversterfelijke orsteenen*) nulla prorsus domino directo injuria fieri intelligitur, si ex communione alium pro alio vassallum ex parte nanciscatur; cum expeditum sit, omnem inter vivos alienationem de feudis hujusmodi hereditariis sine ullo domini directi consensu vasallis in Hollandia permissam esse. Firmaturque hæc restrictio etiam ex eo, quod a variis generaliter traditum videas, feuda etiam in statutariam venire communionem, quoties sine domini directi consensu eorum alienandorum facultas vasallo ex more regionis concessa apparet, Burgundus *ad consuet. Flandr. tract.* 3. *n.* 19. Lambertus Goris *adversar. tract.* 1. *cap.* 3. *n.* 7. Ant. Matthæus *paræmia* 2. *Belgar. Jurisc. n.* 23. & hanc sententiam tuetur quoque Petrus Bort *de feudis Holl. par.* 5. *tit.* 2. *cap.* 3. *q.* 5. *n.* 1. *et seqq. pag. mihi* 113. *et tit.* 3. *cap.* 6. *art.* 2. *cap.* 2. *num.* 8. *pag.* 165. In Gelria quoque feuda non communicari, docet Lambertus Gorts *adversar. tract.* 1. *cap.* 1. *n.* 33. *et cap.* 3. *num.* 4. Federicus a Sande *de feudis Gelriæ tract.* 2. *tit.* 2. *cap.* 7. *n.* 4. 5. 6. Et de moribus Ultrajectinis hoc ipsum quoque probantibus exstat responsum, inter Resp. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2, *consil.* 25. *in pr. et par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 34. *et* 184. *post med.* Quod vix dubium habere potest, cum & Ultrajecti, in Gelria non recta tantum, sed & hereditaria feuda non magis actu inter vivos, quam ultima voluntate, sine domini directi consensu alienationem recipiant, ut in explicanda feudorum materia ex professo tractabitur. Atque hinc in Hollandia inter primæ nobilitatis viros hanc statutariam non vigere communionem, quia præcipue nobilium facul-

tates in feudalibus matrimonio interveniente non communicandis, consistere solent, auctor est Neostadius *de pactis antenupt. obser.* 9. *in notis*, *ad verba*, *sub specie dotis falli*, Groenevvegen *ad d. tit. Instit. quib. alien. licet vel non n.* 2. 3. licet de nobilibus Ultrajectinis contra scribat Abr. a Wesel *de connub. societ. tract.* 1. *num.* 26. Usque adeo autem feuda secundum ante dicta statutariæ subducta censentur communioni, ut nec æstimatio eorum soluto matrimonio prius ex allodiis ante divisionem præcipienda sit per eum, eamve, quæ feudi ad conjugem pertinentis & per eundem retinendi expers est, Ant. Matthæus *d. param.* 2. *n.* 23. Abr. a Wesel *de connub. societ. d. tr.* 1. *n.* 62.

72. Dicta de feudis, quæ jam ante contractum matrimonium alteri conjugum quæsita erant, vi statutariæ communionis haud communicandis, ad ea quoque pertinent, quæ stante matrimonio conjugum alterutri ex legitima obvenerunt successione, Matthæus & Wesel *d. locis*. Diversum est, si stante matrimonio ex nummis communibus secundum emtum, vel cum alia re conjugibus communi, vel alterutrius propria, permutatum sit; nam si de eo vel solus maritus, vel uxor sola investita fuerit, marito curatoriam operam uxori præstante in recipienda feudi investitura, ei soli, qui investitus est, feudum ex domini voluntate quæsitum est; si, conjugem utrumque a domino directo investitum, appareat, dividui quidem feudi dimidium soluto matrimonio conjugi superstiti, dimidium defuncti heredibus cedere, rationis est; at feudum individuum penes solum maritum aut heredes ejus remanere, virilis sexus prærogativa jubet; ut tamen hoc in casu, uti &, cum unus tantum ex conjugibus investitus est, is, cui ipsum feudi corpus soluto matrimonio non cessit, prius ex allodialibus communibus ante omnem divisionem integri feudi pretium deducat, atque ita demum ad æqualem rerum reliquarum communium divisionem procedatur, ita post Fridericum a Sande *de feudis Gelriæ tract.* 2. *tit.* 2. *cap.* 3. *n.* 7. & *seqq.* Hugonem Grotium *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 41. *n.* 19. & 20. Lambertum Goris *adversar. tract.* 1. *cap.* 3. *n.* 11. 12. Ant. Matthæum *de param.* 2. *n.* 23. Abrahamus a Wesel *de connub. societ. tr.* 1. *n.* 65. 66. 67. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 5. *consil.* 60. *p.* 210. 211. Adde leges Mechlinienses. *tit.* 10. *art.* 14. Quo tamen casu, si is, cui soli feudum quæsitum cedere debet, consultum non putet, tanta carere ex bonis communibus pecuniæ quantitate, desiderare posset, a domino directo feudum in duas partes dividi, deque his tanquam feudis duobus distinctis tum superstitem tum defuncti heredes investiri, secundum ea, quæ *tit. de collationibus* tractanda erunt. Neque aliud dicendum, si non oneroso sed lucrativo titulo singulari, puta donationis aut legati, feudum stante matrimonio quæsitum sit. Cum enim in statutariam communionem æque veniant quæ titulo lucrativo, quam quæ oneroso, parta sunt, dum, & legata & donationes ei includi, supra est monitum, justum est, etiam gratuitæ concessionis feudi participem esse utrumque conjugum, vel facta feudi donati divisione, si dividuum & per investituram utrique concessum sit, vel, si apud unum ob individuitatem, aut factam uni investituram remanere debeat, præceptione justi pretii ex rebus communibus ante earundem divisionem, Petrus Bort *de feudis Holl. par.* 5. *tit.* 3. *cap.* 6. *art.* 2. *par.* 3. *n.* 2. 3. *pag. mihi* 167. Quod enim ab Abr. a Wesel, aliisque ab eo citatis *d. tract.* 1. *n.* 68. & 69. contenditur, tunc cum solus maritus titulo donationis de feudo individuo investitus est, uxorem nec in feudi partem, nec in æstimationem ejus venire, id uti nulla ratione ab iis firmatum est, ita & fundamento destituitur; si enim individuitas feudi emti non impediat, quo minus uxor, feudum soli viro linquens, æstimationem ejus ex massa communi deducat, etiam impedimento non erit, quo minus eodem modo feudi donati particeps fiat in præcepto pretio ejus. Quod si feuda, quæ ante nuptias alteri ex conjugibus propria erant, & secundum ante tradita non cadebant in statutariam bonorum omnium communionem, alluvione aucta sint, id quod alluit, regulariter quidem sequitur fundi principalis naturam ac qualitatem; sed tamen Hollandis placuit, istam feudi alluvionem, stante matrimonio contingentem, conjugibus communem esse, quoties impensa conjugum communi augmentum alluvionis aggeri inclusum fuit; quasi magis ex industria conjugum, conjuncta cum periculo amissionis impensarum, quam ex beneficio domini directi, illud feudi incrementum acquisitum sit, Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 42. *n. ult.* Neostadius *de feudis Holl. cap.* 5. *num.* 26. & *seqq.*

73. Feudalibus rebus similia esse bona dominica, in Gelria dicta *Heeren goederen*, observat Lambertus Goris *adversar. tract.* 1. *cap.* 3. *num.* 9. Genearchica quoque, seu gentilitia, seu truncalia, (vulgo *Stam goederen*) uti & emphyteuticaria, quoties illa ita concessa sunt, ut primogenito cedant, ac individuata sint, & si quæ alia sint his similia, eodem, quo feudalia, jure regi in quæstione statutariæ communionis, post alios citatos monet Wesel *de connub. societ. tract.* 1. *n.* 83. 84. 85. Adde Ant. Matthæum *paræmia* 2. *n.* 37. 38. qui & ibidem *a n.* 39. *usque ad n.* 50. latius excutit, an dominium directum tum feudi, tum emphyteuseos, bona censualia, agri adscriptitiorum hodiernorum, in statutaria contineantur universali societate.

74. Non etiam a feudorum conditione, quantum ad hanc communionem statutariam attinet, longe abeunt vulgo dictæ præbendæ, canonicatus, quorum qualequale in nonnullis Protestantium regionibus commercium est, sic ut & emtionem venditionemque positis certis requisitis recipiant. Proinde si quis ante nuptias contractas canonicatum talem, præbendamve nactus fuerit, proventus quidem annuus communioni cedet, exemplo fructuum feudi; sed ipsa præbenda post dissolutum morte uxoris matrimonium jure præcipui apud maritum superstitem remanere debet, nullo heredibus uxoris dato vel collocato pretio ejus; tum quia canonicatus tales etiamnum speciem aliquam oneris personalis adjunctam habent; tum præcipue, quia non magis, quam feudalia, in libero videntur commercio esse, uti hæc ex locorum singulorum, talium canonicatuum usum adhuc servantium, moribus plenius petenda sunt. Stante tamen matrimonio, si præbendam maritus communi pecunia, vel facta rerum communium permutatione, comparaverit, vel etiam gratuita obtinuerit concessione, ac deinde matrimonio superstes sit, heredibus uxoris ex communi patrimonii massa separari debere præbendæ æstimationem, antequam ad divisionem rerum communium procedatur, suadent eadem argumenta, quæ superius circa

feuda, stante matrimonio per onerosum aut lucrativum titulum particularem quæsita, adhibita sunt.

75. Neque aliud statuendum videtur in muneribus seu dignitatibus illis, quorum nundinatio quandoque ex Principis aut magistratus concessione permittitur, quæque ad heredes transire possunt. Si enim ante matrimonium jam obierit maritus, hæc communioni æque exemta censeri debent, atque feuda exemta sunt, cum munera hujuscemodi publica feudis guardiæ atque guastaldiæ absimilia non sint; nisi quod propius, quam illa, ad feudorum propriorum ac rectorum naturam accedant, dum ad heredes transeunt, nec ita arbitrio concedentis, ut quidem feuda guardiæ adimi possunt, ut patet ex *lib.* 1. *feud. tit.* 2. *& t.* 4. §. *item si vasallus* 3. *& t.* 11. *et lib.* 4. *t.* 94. Sin stante matrimonio ex pecunia communi coemta sint, aut gratis marito collata, uxoris heredibus in compensationem muneris, apud maritum remanentis, æstimationem ejus ex massa communi conjugum cedere debere, rationibus ante de feudo emto vel donato adductis facile defendi potest; præsertim cum ipsi dissentientes circa munus publicum, stante matrimonio gratis obtentum, contendant omnino, a feudis ad talia munera facile venalia argumentum recte formari. Quod autem ajunt, munera talia publica ex sua natura non recipere divisionem, id impedimento non est; cum & feuda secundum ante dicta plurimis in locis nunc individua sint, & tamen stante matrimonio emta ex communi opinione quantum ad sui æstimationem veniant in statutariam bonorum omnium communionem; ac individuitas nullam inter feuda emta ac donata possit facere juris diversitatem. Confer Argentræum *ad consuetud. Britan. art.* 526. *n.* 3. 4. 5. Garsiam *de expensis et meliorat. cap.* 4. *n.* 15. *in pr.* Dissentit ex parte auctor Responsi inter Responsa Jurisc. Holl. *par.* 5. *consil.* 75. *pag.* 260. *et seqq.* Abr. a Wesel *de connub. societ. tract.* 1. *n.* 70. Imo ut apertius dicam: nec erraverit, qui his in quæstionibus inter regiones distinxerit: sicut in Hollandia quidem munera venalia, etiam ante nuptias quæsita, veniant in communionem statutariam, sicut feuda hereditaria: at Ultrajecti & in Gelria ante nuptias quæsita uni munera venalia non veniant in communionem, sicuti nec feuda, ante nuptias uni quæsita, ibi per nuptias communia fiant.

76. Juspatronatus quod attinet, si quidem illud territorio vel castro cohæreat, dicendum videtur, illud velut territorii accessorium toties communi cedere, vel eidem subduci, quoties ipsum castrum communione statutaria universali comprehensum, aut contra eidem exemtum, judicandum est. Sin nulli rei immobili, sed personæ cohæreat, si quidem stante matrimonio quæsitum sit, exemplo muneris publici commune erit; si vero ante matrimonium contractum ejus manebit, cujus fuit, ne quidem in sui pretio conjugi communicandum. Etsi enim verum sit, quod bona illa, quibus, dotata aut fundata aut ædificata ecclesia, jus patronatus alter conjugum ante matrimonium adeptus est, communia forent, si non dos data, aut ecclesia fundata, vel ædificata fuisset; perperam tamen inde ab Abrah. a Wesel *de connub. societ. tract.* 1. *n.* 92. *et seqq.* deducitur, jus illud patronatus, quod ex talibus bonis reliquum est, debere communioni cedere. Nam & de coemtis ante matrimonium ab alterutro conjuge feudis, & de prædiis antea allodialibus, sed per alterutrum conjugum ante nuptias in dominum directum translatis, ab eoque rursus per investituram jure feudi receptis (quod fieri posse & superioribus seculis fieri solitum, alibi in materia feudorum explicandum erit) merito dixeris, prædia illa, si non ex allodiis feudalia facta essent, & nummos, si feudum inde non esset comparatum, communioni cessura fuisse; & tamen idem ille auctor defendit, ac recte, feuda ante matrimonium alteri conjugum quæsita, per matrimonium in statutariam non incidere communionem. Nec mutat, quod vir stante matrimonio juspatronatus nomine uxoris exercere possit ac soleat; cum id non ex ullo communionis, sed tantum maritalis potestatis jure descendat; & præterea exercitium illud non nisi fructus quidam juris patronatus sit; quem fructum & ex feudis communioni subductis a marito percipi, atque etiam communioni imputari, ante dictum est.

77. Bona insuper fideicommissaria in hanc universalem non venire communionem, tamquam aliena magis, quam conjugis propria, ubi dies fideicommissi cui conditio extiterit, nisi quatenus ex Trebelliano deduci possunt, aut jure legitimæ libera esse debent, evincitur satis ex iis, quæ in *tit. de usufructu* a me adducta sunt *n.* 19. ac velut jus commune ac certum probant Hugo Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl.* Lamb. Goris *advers. tract.* 1. *cap.* 1. *num.* 28. Neostadius *Curiæ Holland. decis.* 5. *in fine.* Ant. Matthæus *paræmia* 2. *n.* 50. *in med.* Abr. a Wesel *de connub. societ. tract.* 1. *n.* 86. 87. 88. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 115. *in med.* Quibus similia, quæ donata conjugi uni ea lege, ut, si sine liberis decesserit, restituat donanti, vel donantis heredibus, ac is sine liberis moriatur, D. Joh. a Someren *de jure noverc. cap.* 1. *n.* 5. Sed &, si sic donata proponas vel relicta uni conjugum, ne statutariæ cedant communioni, lex donationis servanda est, arg. *novell.* 117. *cap.* 1. & arg. *l. legem* 9. *C. de donation. l. in traditionibus* 48. *ff. de pactis l. Seja* 42. *ff. de mortis causa donation. lib.* 1. 2. 3. *Cod. de donat. quæ sub modo.* Cum enim ipsi conjuges pactis dotalibus potuerunt res suas communioni eximere, quidni & tertius, uti potuit non donare, & ita & donationi hanc legem ponere neque turpem, neque jure probatam? Et sane, si per fideicommissi onus impositum is, a quo res profecta est, efficere valeat, ne illa in conjugalem cedat communionem, ratio non est, cur non in ipso donationis actu aperta id agat prohibitione, Sande *decis. Fris. l.* 2. *t.* 5. *defin.* 3. *fere in pr.* Chassanæus *ad consuet. Burgund. rubr.* 5. §. 2. *in verbo, particeps est, n.* 2. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 5. *consil.* 118.

78. Arrham quoque sponsalitiam, nec non ea, quæ titulo doni matutini a sponso in sponsam conferuntur, veluti annuli, lineæ margaritarum, catenæ aureæ aut eorum loco certa pecuniæ quantitas, quæque solent jocalia dici, in statutaria omnium bonorum communione non comprehendi plerisque placuit, & rationis est; eo quod actus agentium aliquid operari debent, nihil vero operaretur actus hicce liberalitatis, si ita donata cum cæteris fierent inter conjuges communia, nec ante divisionem præciperentur. Quod tamen statutis nonnullis ita limitatur, ut locum habeat in hisce jocalibus jus præcipui, si sine liberis maritus decedat, Ant. Matthæus *paræmia* 2. *n.* 51. 52. Groenewegen *ad l.* 16. *Cod. de donation. ante nupt. num. ult.* Wesel *de connub. societ. tract.* 1. *num.* 89. 90.

Leeuwen *cens. forens. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 2. *in med.* Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 47. *vers. ten vierden. et par.* 2. *consil.* 159. Contra, quam in iis statuendum sive gemmis sive ornamentis, quæ demum stante matrimonio uxori parata sunt; quippe quæ, ex communi pecunia emta, etiam communioni cedere debent.

79. Quod si ex his rebus, quas in statutariam bonorum omnium communionem non venire jam dictum est, res quædam stante matrimonio venditæ fuerint, aut cum aliis rebus, communionem haud respuentibus permutatæ, veluti feuda, cum allodiis; dubium, an non pecunia ex talibus rebus redacta, vel res communicabiles ex permutatione quæsitæ, communioni cedant? Feudorum, ad alterutrum conjugem pertinentium, ac distractorum pretia non ita communicari, quin is, cujus feudum fuit, soluto matrimonio pretium totum ante divisionem præcipere debeat, contendit post Rodenburgium *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 4. *num.* 16. Abrahamus a Wesel *de connub. societ. tract.* 1. *num.* 63. 64. Sed vix est, ut ea sententia probetur: cum certi juris sit, pecuniam, ex rei venditione redactam, atque ita etiam rem, pro alia re datam non induere naturam rei illius, in cujus locum per alienationem successit, *l. qui vas* 48. §. *ult. ff. de furtis l. quemadmodum* 58. §. *si servus* 2. *ff. de noxal. action.* (Adde *tit. de rei vindic. n.* 10.) ac in specie, pecuniam pro feudo perceptam, non fieri feudalem, aperte definiat Feudista *lib.* 2. *feud. tit.* 26. §. 5. *vers. si vasallus de beneficio*, indueret autem pecunia, ex feudi venditione redacta, naturam feudi, si dum natura communicabilis est, soluto matrimonio tanquam non communicabilis ante divisionem præcipienda esset. Et ut generalius appareat, non feudi tantum, sed & rerum ceterarum superius recensitarum pretia ex alienatione, quæ stante matrimonio facta est, redacta, ut & res pro illis ex permutatione quæsitas, communioni cedere, neque quicquam iniqui, quod per statuta redargutum est, in eo comprehendi; considerandum est, vel alienari ea, quæ mariti erant propria, vel ex adverso talia, quæ ad solam spectabant uxorem. Si res mariti propriæ, veluti feuda vel munera venalia, et ante nuptias quæsita, nulla injuria est, pretium inde stante matrimonio redactum, commune fieri; cum sibi imputare maritus, ac de se queri debeat, quod ita res proprias alienare voluerit, nec ulla injuria sit, quæ in volentem fiat, *l.* 1. §. *usque adeo* 6. *ff. de injuriis.* Sin res uxoris a marito alienatas ponas, veluti feuda ejus aut jocalia, si quidem statutum ad rerum uxoriarum alienationem etiam ipsius uxoris assensum requirat, & illa consenserit, etiam huic volenti atque consentienti nullam fieri injuriam, dum pretium marito communicatur, expeditum est: deficiente autem ipsius consensu, per statutum necessario, nihil agi per talem alienationem, remque manere uxoris propriam, ac soluto matrimonio posse vindicari generalia juris fundamenta dictant. Sed si statuto tam ampla in uxorem, & res ejus potestas marito data sit, ut sine consensu uxoris res ejus omnes alienare possit; est, quod æquo ferat animo uxor rei suæ amissionem pro semisse, dum pretii vel rei ex permutatione quæsitæ semis marito cedit; imo est & quod sibi imputet, quod jure communi statutario voluerit in matrimonium cum viro convenire, nec pactis dotalibus sibi prospexerit adversus fortuitas læsiones, quæ ex maritali potestate ei possent inferri, adeoque statutariam non excluserit communionem, aut restrinxerit amplitudinem maritalis potestatis. Sane enim, si lege permittente maritus, luxu, alea, venere, vino, dissipare possit ac evertere totam uxoris substantiam, secundum ante tradita, nihil censeri debet contra statuti permissionem, vel certe tolerantiam, admisisse, si feudalia uxoris in allodia, aut pecuniam numeratam, & ita sibi dimidium habeat; si jocalibus venditis pretium in usus communes servet, quæ jocalia si vel scorto donasset, vel uni aleæ jactui imposuisset, atque ita perdidisset in universum nullam debuisset hujus rei rationem reddere, aut indemnitatem eo nomine uxori præstare. Nec est, quod in contrarium movearis ex eo, quod ea ratione futura sit gratificatio inter conjuges, quæ inter vivos in Hollandia non sustinetur, ac ne ultima quidem voluntate apud Ultrajectinos, quod præcipuum Rodenburgii ac Weselii argumentum est. Etenim primo quidem gratificatio dici nequit, quoties maritus feudum uxoris, aut jocalia ea invita distraxit, cum ita non ex liberalitate uxoris, sed vi statuti marito acquiratur pretii inde redacti dimidia pars, dum ab invito aut invita nulla potest munificentia procedere, & neque uxor, neque quisquam alius in necessitatibus liberalis existit, *l. rem legatam* 18. *ff. de adimend. vel transferend. legatis, l. donari* 29. *ff. de donation.* Sed & secundo, licet inficias iri nequeat, quin eo casu, quo maritus rem propriam, communioni statutariæ non inclusam, sua voluntate vendit, aut rem uxoris ex ejus consensu, (posita consensus uxorii necessitate) quædam ex illo actu voluntario gratificatio sequatur, dum maritus rei uxoriæ, aut uxor rei maritalis particeps fit in pretio ejus; tamen id considerandum non est; cum non directo, sed tantum ex quadam consequentia, puta ex maritali potestate, per statutum stabilita; ac concurrente legali bonorum omnium communione non exclusa, commodum alteri ex bonis alterius acquiratur: eo modo quo marito licuit, non obstante prohibita inter conjuges gratificatione, repudiare hereditatem aut legatum sibi delatum, licet id, quod a marito repudiabatur, ad uxorem ex substitutione, vel successione legitima, vel caducitatis jure perventurum esset, *l. si sponsus* 5. §. *si maritus* 13. & 24. *ff. de donat. inter vir. & uxor.* Suntque hæc eo magis admittenda, si perpenderis, res hasce, de quibus quæstio est, ab initio tantum ob sui qualitatem communioni conjugali fuisse exemtas; quale impedimentum ubi per venditionem, aut permutationem cum re inter conjuges communicabili sublatum fuit, ipsam quoque communionem non amplius quiescere aut excludi, justum est inter eos, qui ab initio statutariam probarunt omnium communionem, nullo pacto dotali remotam. Atque hinc etiam opinioni nostræ illud non adversatur, quod, ubi exclusa est statutaria bonorum omnium communio, soluto matrimonio salvum unicuique conjugi debeat esse pretium, quod ex cujusque re, communioni exemta, ac stante matrimonio vendita, redactum fuit. Cum enim tunc pateat, conjugibus omnimodo universalem illam displicuisse communionem, æquum amplius esse non poterat, rerum talium distractarum pretia communia fieri jure illius communionis universalis, quam a conjugibus reprobatam constat.

80. Hactenus de lucris ac commodis: sed quia æquum est, incommoda quoque rei cujusque, eum se-

qui, quem commoda sequuntur, *l. secundum naturam* 10. *ff. de reg. juris*, sciendum est, omne quoque æs alienum commune esse, arg. *l. omn. æs alienum* 27. *ff. pro socio*, non modo quod stante matrimonio, sed & quod ante nuptias ab alterutro conjuge contractum fuerit; sic ut bona, ab uno conjuge profecta, pro debitis alterius conjugis, ante nuptias contractis, capi pignori, & vendi possint judicati exsequendi causa, nec ulla eo nomine actio soluto matrimonio conjugi læso detur, ad præcipienda, quæ de communi soluta sunt, Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. l.* 2. *cap.* 11. *n.* 10. cum & expressum pactum dotale, ne conjux de conjugis debitis, matrimonio antiquioribus, teneatur, inutile sit, quoties universalis inter conjuges communio locum habat, Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 6. *n.* 36. Plane, si in contrahendis nuptiis quantitas patrimonii utrinque designata, ac debitum, ex uno latere dissimulatum, stante matrimonio solutum sit; diremto matrimonio recte conjux alter præceptionem desideraverit, ratione debiti, quod ita dissimulatum, & ex communi massa solutum est, eo quod in dubio bona, in societatem collata, intelliguntur libera ab onere collata esse, si non aliud actum sit, arg. *l. Mucius* 10. *pro socio.* Hugo Grotius *manud. ad Jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 12. *n.* 13. Neostadius *Curia Holl. dec.* 5. *n.* 8. seu vers. *ten tweeden, usque ad fine*, *& de pactis antenupt. observ.* 14. Groenewegen *ad Grotium d. lib.* 2. *cap.* 11. *n.* 10. Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 3. *num.* 9. 10. Si tamen stante matrimonio creditores de debitis, ante nuptias ab alterutro conjuge contractis, non egerint, eo dissoluto, illum solum in solidum convenire possunt, quocum contractum est, aut heredes ejus; non item conjugem alterum ejusve successores, licet verum sit, eos, qui soluto matrimonio in solidum de tali ære alieno conventi atque condemnati fuerint, pro semisse regressum habituros esse adversus alterum conjugem vel heredes ejus, adeoque communionem adhuc cum effectu dimidiati æris alieni damnum allaturam. Secus quam obtinet in illis debitis, quæ stante matrimonio contracta sunt, quippe quorum intuitu uxor soluto matrimonio, vel heredes ejus pro semisse conveniri possunt, maritus vero, aut heredes ejus in solidum, quia ex proprio contractu vel conventione ejus, quem repræsentant, obligati sunt; repetituri a vidua, heredibusve ejus dimidium æris alieni, ea ratione in solidum soluti. Sed, si ipsi illi, qui soli in solidum conveniri poterant, ac conventi fuerant, solvendo non sint, actio, quæ ipsis adversus alterum conjugem, aut heredes ejus, pro æris alieni semisse restituenda competit, in judicatum capi potest, si sponte per eos actori non cedatur. Ita in Hollandia servari, testis est Neostadius *de pactis antenupt. observ.* 12. *&* 13. *ac ibidem in notis*, Grotius *d. lib.* 2. *manuduct. cap.* 11. *num.* 12. *& seqq.* Quæ & Ultrajecti obtinere docet Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 6. *n.* 1. *& seqq.* eo excepto quod Ultrajectinis placuit, uxorem soluto matrimonio in solidum conveniri posse tum pro debitis, stante matrimonio contractis, tum pro iis, quæ matrimonio antiquiora maritum aut uxorem tenuerant devincta, Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 30. Parens p. mem. Paulus Voet *ad §. ult. Instit. de patria potest. num.* 10. *in med.* Wesel *d. art.* 6. *num.* 8. *& seqq.* Nec multum a jure Ultrajectino abire Gelriæ mores, colligi potest ex iis, quæ scripsit Lambertus Goris *adversar. tract.* 1. *cap.* 4. *num.* 1. *& seqq. & n.* 14. *& seqq.* Neque hanc circa æs alienum ante nuptias contractum definitionem mutat, quod forte feudum conjugis debitoris (quod in universalem communionem non venire, supra dictum est) etiam ante nuptias pro tali debito specialiter pignori obligatum sit; eo quod nihilominus obligatio personalis subest, quæ dividua est, & conjugem utrumque gravare potest; ac pignora interveniunt, non ut creditori noceatur, aut personalis obligationis principalis natura immutetur, sed ut tanto magis creditori cautum sit: secus, si onera mere realia, nulla obligatione personali subnixa, feudo imposita essent, veluti census, decimæ, ac reditus mere reales appellati, quippe quæ communioni haud forent imputanda, sed unice gravarent successorem feudalem, Groenewegen *inter Responsa Jurisconf. Holl. part.* 1, *consil.* 102.

81. Oneribus porro communibus etiam adscribendum est, quod in dotem, aut alimenta, aut honorem, aut peregrinationem privignorum aut privignarum erogatum est, posito jure, quod & ex secundis nuptiis statutaria communio oritur; si modo liberi prioris matrimonii aliunde bona non habeant, aut non sufficientia ad sumtus omnes inde prorogandos; utpote quibus aliunde habentibus, unde se exhibeant, nec pater nec mater, longeque minus noverca, subministrare alimenta cogitur, ut *tit. de agnoscendi & alendis liberis* dicetur. Adeo vero hæc commune onus sunt, ut nec soluto matrimonio talia prius per vitricum aut novercam ex bonis communibus tunc deducenda sint; secundum argumenta a me proposita *tit. pro socio num.* 4. *in med.* Confer omnino *tit. de jure dot. n.* 15. 16. & D. Joh. a Someren *de jure novercarum cap.* 2. *num.* 1. 2. Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 1. *num.* 12. *&* 13. Abr. a Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 2. *n.* 209. *& seqq.*

82. Quod si maritus stante matrimonio sobolem ex adulterino genuerit complexu, etiam alimenta tali nato subministranda, in communionem statutariam venire, atque adeo uxorem innoxiam pro semisse gravari, verius est. Cum enim ea quoque, quæ alea atque scortis absumta sunt, in communionem veniant longe magis hæc alimenta, quorum alimentorum insignis in jure favor est, quorumque præstatio illa non laborat turpitudine, qua erogatio in meretricem adulterii causa. Turpe scilicet marito fuit, adulterio suum fœdare matrimonium, at partum ex illa turpi conjunctione natum alere, turpe non est; nec male hic quod de meretrice Ulpianus in *l. idem*, *si ob* 4. *§. sed quod* 3. *ff. de condict. ob turp. caus.* adultero applicueris, illum nempe turpiter quidem facere, quod sit adulter, sed non turpiter prolem adulterinam alere, cum sit adulter. Quod autem inter Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 39. assertum invenitur, etiam soluto matrimonio viduam ad alimenta partui tali adulterino mariti in futurum præstanda devinctam esse ex vi statutariæ communionis, ferendum non est, eo quod ne ex justis quidem nuptiis anterioribus natos liberos soluto matrimonio alere tenetur noverca, cui universalis bonorum communio cum viro fuit; quibus tamen legitime natis magis favere jura, quam ex illegitima conjunctione procreatis, certum est, & arguit aperte *novell.* 39. *cap.* 2. Nam cum liberos legitime natos alendi onus, quod ex officio

judicis parenti imponi posset, morte parentis evanescat; consequens est, ut nec noverca soluto matrimonio videri possit obnoxia in posterum alimentis privigno privignæve præstandis, dum omnis novercæ obligatio ex viri obligatione originem trahit, ac proinde etiam una cum viri obligatione ac dissoluta communione extincta censeri debet, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 165. D. Joh. a Someren *de jure novercar. cap.* 5. *sect.* 1. *n.* 9. *in fine.* Si tamen (ut hoc obiter addam) maritus in facta liberis prioris thori assignatione bonorum maternorum nominatim se conventione, ad alimenta liberis prioris matrimonii ad certam usque ætatem suppeditanda devinxerit, ac de cætero constet, ipsum ob id minus in liberos substantiæ maternæ titulo transcripsisse, quam alioquin ipsis fuisset tribuendum, justum foret, ut & soluto matrimonio noverca usque ad tempus præfinitum subeat ex semisse alendi onus; dum alterius semissis onere gravati manent mariti heredes. Nam cum hoc casu uxor jure statutariæ communionis lucrata fuerit dimidium ejus, quod ex bonis maternis liberorum penes maritum remansit propter promissam alimentorum certi temporis præstationem, necesse est, ut & alendi provinciam sustineat pro rata; aut saltem, secundum statuta nonnulla, tantum privignis præstet pro semisse, quanto minus illis nomine substantiæ maternæ propter susceptum alendi onus tributum apparet. Contra quam statuendum esset, si integra atque plena bonorum maternorum assignatio facta esset, sic ut nihil ex iis penes maritum remanserit, ac propterea nihil quoque inde jure communionis ad novercam delatum sit; utcumque enim tunc transactioni seu assignationi rei maternæ adscriptum inveniatur, parentem superstitem ex rerum maternarum fructibus suos liberos ad legitimam usque exhibiturum ætatem; magis tamen est, ut noverca soluto matrimonio oneri alimentorum talium in futurum eximatur; eo quod illa conventione de liberis prioris thori ex fructu rerum assignatarum alendis non aliud effici intelligitur, quam ut sors ipsa vivo parente in alimenta non convertatur; quod alias auctoritate publica fieri posset, ubi reditus alimentis pares non sunt. Confer D. Joh. a Someren *de jure novercar. d. cap.* 5. *sect.* 1. *num.* 9. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 46.

83. Funeris impensas, quæ in sepulturam conjugis defuncti erogatæ sunt, communioni haud imputari, sed solos defuncti heredes hisce onerari, dubium esse nequit, si quis consideret, morte conjugis connubialem finiri societatem, eaque demum finita hoc funeris causa debitum nasci, ac proinde non posse esse commune onus debiti illius, cujus tum nativitas, tum causa demum post communionis finem existere cœpit, Abrah. a Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 3. *n.* 80. *& seqq. & n.* 97. *& seqq.* Adde *tit. de religiosis & sumt. fun. num.* 8. *in fine.*

84. Ut autem & lucra & damna vi connubialis communionis universalis communia sint, sufficit causam lucri aut damni matrimonio ipso antiquiorem esse, vel stante matrimonio nasci, licet demum soluto matrimonio, vel etiam post alias nuptias commodum re ipsa accedat, vel patrimonium cum effectu diminuatur, *arg. l. omne æs* 27. *l.* 28. *ff. pro socio.* Unde si maritus durante primo matrimonio de fundo litigare cœperit cum extraneo, ac eo dissoluto demum post contractas nuptias secundas illa in lite victor evaserit, fundus ei pro parte dimidia, heredibus vero primæ uxoris pro altero semisse cedere debet, D. Someren *de jure novercar. cap.* 1. *n.* 7. Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 2. *num.* 79. 80. sed & si alter conjugum bona quædam possederit fideicommisso conditionali obnoxia, ac dudum post solutum matrimonium conditio fideicommissi deficiat, atque ita res apud conjugem superstitem aut defuncti heredes tandem liberæ remaneant, pars earum dimidia conjugi alteri, heredive ejus, communicanda est: cum & venditiones talium rerum pendente fideicommissi conditione factæ, deficiente deinceps illa conditione, sic retro valeant, ac si nullum iis gravamen ab initio fuisset impositum, *arg. l. ult.* §. 2. 3. *Cod. comm. de legatis l. quædam sunt* 15. *ff. de rebus dubiis*, Anton. Matthæus *paramia* 2. *n.* 56. Abr. a Wesel *de connub. societ. tract.* 1. *num.* 87. 88. Idemque de damnis ex causa antecedente emergentibus judicium esto, dum forte ex lite ante nuptias vel iisdem durantibus marito mota soluto demum matrimonio maritus ad aliquid solvendum damnatus est, vel, cum sub conditione quid promisisset, illa soluto demum matrimonio ac communione diremta, extitisse concipiatur. Et ne hisce in casibus post dissolutam communionem ac subsecutam rerum communium divisionem, inopia conjugis superstitis, aut heredum ejus, postea existente casu lucri vel damni, inane efficiat communicationis desiderium, consultum est, interponi mox a diremta communione cautiones de hisce, ubi supervenerit, communicandis, *d. l. omne æs* 28. *l.* 28. *pro socio, arg. l.* 1. §. *quamvis* 11. *ff. de collation. l. in omnibus* 41. *ff. de judiciis.*

85. Illud summopere controversum, ex cujus loci lege æstimandum sit, utrum inter conjuges statutaria rerum omnium communio locum habeat, an vero non. Sunt, quibus placet, circa hanc quæstionem idem respondendum esse, quod circa successiones ab intestato nunc responderi inter omnes fere convenit; puta mobilium quidem intuitu unice spectandas esse leges domicilii conjugum; in immobilibus vero leges cujusque loci, in quo immobilia quæque sita sunt; dum generale jus est, immobilia regi ex lege situs sui. Adeoque, si ponas Hollandum cum Hollandica vel etiam cum Frisica puella, sed per matrimonium in Hollandiam inque domum ac domicilium mariti transitura, nuptias contraxisse, cum & sponsus & sponsa haberent prædia sita partim in Hollandia communionem universalem probante, partim in Frisia solam fovente acquæstuum communionem; eo casu Hollandica quidem prædia tum ad sponsum, tum ad sponsam pertinentia, contracto matrimonio communia fieri, ex consuetudine Hollandica, Frisicos vero fundos manere cuique proprios ex Frisica lege. Ita Argentræus *ad consuetud. Britann. art.* 218. *gloss.* 6. *num.* 33. 34. *&* 35. Giurba *ad consuetud. Messanens. cap.* 1. *gloss.* 2. *num.* 121. Peckius *de testamentis conjug. libr.* 4. *cap.* 28. *num.* 5. Ant. Matthæus *paræmia* 2. *num.* 60. *& seqq.* Nec mihi olim illa displicuit sententia *tract. de familia ercisc. cap.* 4. *num. pen. & ult.* Alii contra opinantur, tam in immobilibus ubicunque locorum sitis, quam mobilibus solam oportere attendi legem domicilii mariti, in quod mulier transitura per nuptias; adeoque nuptiis per Hollandos in Hollandia domicilium foventes contractis, non sola

prædia in Hollandia, sed & in Frisia, ac alio quocunque in loco sita communia fieri, quoties lex situs ad dominii translationem solemnes non requirit coram lege loci faciendas mancipationes, sed privata alienantium voluntate secundum juris Romani principia contenta est; vel saltem conjugi alteri esse communicanda, nata ad id obtinendum personali actione, ubi lex loci, in quo immobilia sita, non patitur, aliter eorum transferri dominium, quam facta solemni mancipatione, Carolus Molineus *consil.* 53. Burgundus *ad consuetud. Flandriæ tract.* 1. *n.* 15. Choppinus *de moribus Parisiens. lib.* 2. *tit.* 1. *n.* 4. Mævius *ad jus Lubecens. part.* 2. *tit.* 2. *art.* 2. *n.* 83. Chassanæus *ad consuetud. Burgund. rubric.* 4. §. 2. ad verba, *in ducatu Burgundiæ, per tot.* Papon. *lib.* 15. *tit.* 2. *arrest.* 13. 14. 15. Charondas *lib.* 2. *responsor. cap.* 64. Lamb. Goris *adversar. tract.* 1. *cap.* 6. *n.* 4. *& seqq. ad fin.* Hugo Grotius *inter Responsa Jurisc. Holl. part.* 4. *consil.* 22. D. Someren *de jure novercarum c.* 12. *n.* 2. Rodenburch *de jure conjugum, in tract. prælimin. de statut. diversit. tit.* 2. *cap.* 5. *num.* 14. 15. Abr. a Wesel *de connub. societ. tract.* 1. *num.* 100. *& seqq.* Hancque sententiam nunc magis probandam censeo. Ne autem quæstio hæc nimis in vago tractetur, neve discussio ejus nimium diffusa sit, subsumenda in antecessum videntur ea, quæ a neutra parte negari puto, aut saltem a me facile dissentientibus dari possunt: quale primo loco est, ex contractu ipso matrimonii in se spectato, seu ex ipsa natura nuptiarum nequaquam fluere statutariam bonorum omnium ubicunque sitorum communionem; cum alioquin & Romanis olim & omnibus hodie populis matrimonia probantibus deberet placere. Secundo, ubi alicujus loci statutum universalem inducit inter conjuges communionem, tunc vi statuti illius bona immobilia, extra territorium statuentis sita, non fieri communia, sed aliam communionis istius causam quærendam esse; eo quod omne statutum auctoritatem suam habet a statuente, statuentis autem potestas territorio circumscripta est, dum extra territorium jus dicenti impune non paretur, *l. ult. ff. de jurisd.* Tertio, regulariter permissum esse contrahentibus nuptias mutare pactis dotalibus ea, quæ circa exclusam, aut vice versa admissam communionem inter conjuges universalem statuto cauta sunt; adeoque Hollandos in Hollandia matrimonio contrahentes, excludere posse pacto societatem universorum connubialem Hollandica consuetudine stabilitam; Frisones contra posse eandem pacto inducere in Frisia etiam quantum ad immobilia Frisica; licet ibi statuto sola recepta sit communio acquæstuum. Quarto, non tamen per conventionem posse derogari statutis prohibitoriis, adeoque nec statuto vetanti communionem per secundas nuptias, quoties illa vergeret in detrimentum liberorum primi thori, ac probanti dispositionem *legis hac edictali* 6. *C. de secundis nuptiis.*

Fatendum insuper, argumenta quædam pro hac opinione a nonnullis auctoribus fuisse adducta, dum illi verba perpenderunt statuti illius, quod explicandum susceperant, quæ minus stringunt, si in abstracto considerata sint. Qua ratione, si statutum dictet, bonorum communionem esse inter conjuges, quoniam per conjugium una incipiunt caro esse, juvabit aliquid pro communione bonorum ubicunque sitorum ratiocinium, ab individuo matrimonii actu petitum, quasi & individuus ac uniformis debeat effectus esse; at, deficientibus talibus aut similibus aliis statuti verbis, non satis stringet. Quin imo, largiri necesse est, minus feliciter aliquando argumenta peti ex nudo cortice verborum alicujus statuti localis, dum non omnia statuta æque magna curatione ac diligentia adhibita conduntur; sed sæpe imprudentius concepta sunt, ac ne notam quidem suorum interpretum subinde effugiunt, uti id vel ex solo Argentræo, identidem consuetudines Britannicas oscitantiæ atque indiligentiæ insimulantis, manifestum est. Sed & illud concedendum, debiliorem esse rationem petitam ab absurdo, quod nempe conjuges divisum alibi, alibi commixtum patrimonium possiderent: eo quod durities illa a lege est; non minus quam illa, qua pauper, si divitem ducat, uno quasi momento opulentiæ omnis dimidium quærit: sed & secundo durities talis, quæ, si conjugum alteri displicuisset, facile pactis dotalibus potuisset præcaveri.

Notandum denique, disputationes illas, an contractus informet statutum, an contractus informetur a statuto, an statutum transeat in vim legis privatæ, an statutum reale possit informare contractum personalem, an statutum regatur a contractu, an contractus regatur a statuto, aliaque his similia, prætermitti posse, si mentem verbis simplicibus apertisque explicemus.

His præmissis, si nunc inquiras, unde fiat, quod Hollando in Hollandia nuptias contrahente, & Frisica & Hollandica conjugum prædia (idem de alibi ubicunque sitis judicium esto) communia fiant, aut communicanda sint? ajo, Hollandica quidem prædia communia fieri ex vi statuti seu consuetudinis Hollandicæ, nullis pactis dotalibus infirmatæ, adeoque per conjuges tacite confirmatæ, adeo ut hic concurrat & statuti efficacia, & tacitus conjugum in eam consensus: Frisica vero nullo modo ex statuto Hollandico, quod vires exserere atque extendere ad prædia Frisica nequaquam potuit quantum ad effectus reales; imo nec propalam vires suas eo porrigit quantum ad effectus personales, dum circa hanc communionem, usu magis ac moribus Hollandorum, quam jure aliquo Hollandico scripto inductam, non invenitur aperta lege subjectis in Hollandia nuptias contracturis imposita necessitas communicandi prædia in Frisia sita; licet alioquin negari non possit, quin quædam inveniantur aliorum locorum statuta, quæ per indirectum talem subjectis imponunt necessitatem, quibus cautum est, *ut omnia bona, stante matrimonio conquisita, communia sint*, id est, *communicentur*, dum ipsam realem & actualem, ut ita dicam, communionem statutum producere non potuit circa immobilia, in alieno territorio sita; sed tantum aut communicationem, aut dimidiatæ æstimationis præstationem. Quo modo Antwerpienses aperte constituerunt, prædia stante matrimonio quæsita communicari, quocunque loco sita sint, & si forte sita sint in regione, talem communionem non probante, dimidiam pretii partem præstandam esse ei, cui prædia ita conquisita non *in specie* communicantur. *Statut. Antwerpiens. tit.* 41. *art.* 63. 65. Nec huic absimile est illud Transisulaniæ, *par.* 2. *t.* 2. §. 3. quo dispositum, ut, si conjugum alter prædia alibi sita communicare recuset, etiam non gaudeat communione bonorum in Transisulania sitorum. Remoto ergo quantum ad Frisica immobilia statuto Hol-

landico, non aliud superest, quam ut dicamus, ex pacto conjugum antenuptiali tacito omnem circa Frisica prædia descendere communicandi necessitatem, ut ipsa descenderet communio, si prædia sita essent in tali loco, in quo sine solemni mancipatione dominii translationem privata dominorum voluntate peragi moris est: in quantum tunc concipi potest constitutum possessorium, inclusum societati universali, ut dictum t. *de rebus creditis num.* 5: *fere in fine*, secundum quod ea, quæ quis hactenus suo nomine possedit, alieno deinceps nomine possidere constituit, atque ita omnia de præsenti ad socios, nostroque casu ad conjuges, pertinentia finguntur ex titulo societatis pro parte tradita, licet realiter tradita non sint, *l.* 1. §. 1. *l.* 2. *ff. pro socio.* junct. *l. quod meo* 18. *in pr. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Consistit vero hæc tacita conjugum pactio in eo, quod, cum intelligant, vel intelligere facile possint ac debeant, quos nuptiarum effectus induxerit statutum domicilii, censeantur matrimonium inivisse tali lege ac conditione, velut justa, æqua, bona, ac laudanda; qualemque, si displicuisset, potuissent apertis pactis dotalibus reprobasse. Nec recte quis hoc merum interpretum commentum, atque fictitium quid dixerit, si cogitaverit, unumquemque in dubio intelligi contraxisse secundum consuetudinem loci, in quo contractus celebratus est. *Semper*, inquit Ulpianus, *in stipulationibus & in cæteris contractibus id sequimur, quod actum est; aut si non pateat, quid actum sit, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur*, *l. semper in stipulationibus* 34. *ff. de regulis juris.* Primo itaque & ante omnia, ut in cæteris contractibus, ita & in contractu matrimonii id spectandum est, quod pactis dotalibus actum est: sed si non appareat, quid actum sit, seu qua lege quibusve conditionibus matrimonium sit initum, non id observandum dicitur, quod obtinet in regione, in qua unaquæque res sita est, circa quam vel primario, vel per consequentiam contractus celebretur; sed id unum, *quod in regione, in qua contractum est, frequentatur*: contractum autem in dubio intelligitur matrimonium in loco domicilii mariti, ad quem destinatum est matrimonii implementum, cohabitatio nempe conjugum ac exercitium consortii omnis vitæ. *Non enim* matrimonium *id genus contractus est, ut & eum locum magis spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quam eum, in cujus domicilium & ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reditura*; ut idem Ulpianus monet in *l. exigere* 65. *ff. de judiciis.*

Nec est, quod quis existimet, hic taciti pacti deesse requisita; quasi omnia pacta tacita desiderarent factum aliquod apertum & manifestum, ac habile natura sua ad talem conventionem tacitam eliciendam. Etenim, etsi maxime concedendum sit, omnia pacta tacita factum desiderare apertum & manifestum; tamen tale factum requiri, quod *natura sua* habile est ad conventionem illam tacitam eliciendam; sic ut, facto posito, ex natura & qualitate facti sequeretur pactum, id vero negandum atque pernegandum est. Parit redditio chirographi pactum tacitum de non petendo, de debito remittendo; sed liberationem illam seu pactum illud liberatorium fluere ex natura redditionis chirographi, gratis asseritur; cum vis obligationis & auctoritas omnis in chirographo non sit, sed chirographum tantum sit accidens debiti, non ad substantiam ejus, sed probationem spectans, cujusque neque omissio neque amissio creditori damnosa est, dum scripturæ fiunt, auctore Gajo, ut, quod actum est, per eas facilius probari possit; & sine his valet, quod actum est, si habeat probationem, *l. in re* 4. *ff. de fide instrument.* junct. *l. illata* 4. *l. cum instrumentis* 10. *C. de fide instrumenti.* Invecta & illata in prædium urbanum pacto tacito intelliguntur pignori obligata pro pensionibus; nec tamen ideo illatio & invectio supellectilis *natura sua* id operatur: sic enim & in rusticum illata prædium simili deberent pignoris jure teneri; contra *l. eo jure* 4. *ff. in quib. caus. pign. vel hyp. tacite contrab.* Sed quia solebant chirographa, si quæ data essent, repeti per debitorem, & restitui per creditorem, si debitum solutum esset, vel numeratio pecuniæ, chirographi confessione contentæ, non esset secuta, idque ne probatio quædam debiti remaneret apud debitorem, postquam debitum sublatum, aut ubi ob non factam numerationem nunquam natum erat, *l. pecunia* 14. *C. de solution. l. dissolutæ* 2. *l. si non* 4. *C. de condict. ex lege.* Hinc, si quis sponte redderet chirographum, quo probatio debiti continebatur, creditum fuit, debitum tacite fuisse remissum, ac interpositum pactum de non petendo. Simili modo, quia sic fere solebat fieri, ut in urbanum invecta prædium pro pensionibus obligarentur, dum pro pensionibus nulla locatori in fructibus, ex urbano prædio haud nascentibus, securitas erat, ideo placuit, pactum de pignore videri interpositum, quamprimum illatio facta fuerit; utcunque alias illatio nullam cum pignoris nexu ex sua natura haberet connexionem. Nec recte sejunxeris redditionem chirographi ab illatione supellectilis, quasi redditio chirographi contineret pactum tacitum, illatio non item. Aliter enim judicabit, qui consideraverit, Paulum *lib.* 3. ad edictum scripsisse, *sed etiam tacito consensu convenire intelligitur, & ideo, si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse, ne peterem; profuturamque ei conventionis exceptionem placuit*, *l. Labeo ait.* 2. *pr.* & §. 1. *de pactis*; eundem Paulum eodem *lib.* 3. ad edictum de illatis tradidisse, *item quia conventiones etiam tacite valent, placet in urbanis habitationibus locandis invecta illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit*, *l. item quia* 4. *ff. de pactis.*

Sed & secundo sciendum est, in effato illo, *pacta tacita factum aliquod desiderare apertum & manifestum*, tam late accipi *facti* vocabulum, ut & merum silentium cum scientia conjunctum, adeoque etiam omissio alicujus facti pro facto habeatur, sic ut ex illo silentio & omissa contradictione non modo pactio accessoria, sed & principalis contractus exsurgat. Si quis enim tua gerat negotia, te ignorante, nullus contractus verus, sed quasi contractus est, negotiorum gestorum actionem producens. At si, te præsente ac sciente, nec contradicente, tua gerantur negotia, mandatum erit, & subsistet inter te ac gerentem, tanquam procuratorem tuum, mandati actio, §. 1. *Instit. de his, per quos agere poss. l. si remunerandi* 6. §. *si passus* 2. *l. qui patitur* 18. *l. qui fide* 53. *ff. mandati.* Solum scilicet silentium tuum cum præsentia ac scientia conjunctum mandatum efficit. Constat insuper, fideicommissum, quod sorori frater debebat, ex eo remissum intelligi, *quod soror nunquam id a fratre, quamdiu vixit, desiderasset, cum variis ex causis sæpe*

in rationem fratris pecunias ratio sororis solvisset, adeoque quasi interposito tacito pacto de non petendo, illud fideicommissum fuisse extinctum, utcunque hic nullum monstrari possit factum sororis proprie dictum, sed sola omissio allegandæ compensationis, qua, si voluisset, potuisset uti, *l. Procula* 16. *ff. de probat. et præsumpt.* Certum quoque est, eos, qui jus pignoris habebant in rem hastæ subjiciendam, tacite jus suum pignoris hoc ipso remisisse ac amisisse, quod programmate admoniti publice, jus suum executi non sunt; licet hic etiam omiserint tantum aliquid, factum proprie dictum nullum interposuerint, *l. si eo* 6. *l. si hypothecas* 8. *C. de remiss. pignor.* Denique nec dubium ulli esse potest, quin simplicissime contrahens, tacite quoque pactus intelligatur de præstandis illis omnibus, quæ ex tali contractu præstari debere lex publica jubet, quoties nihil nominatim in contrarium convenit; veluti ut pro diversa contractuum qualitate vel levem vel levissimam culpam præstet, utcunque nihil de culpa actum appareat, idemque de aliis ex natura negotii præstandis consensum est, arg. *l. cum quid* 3. *ff. de reb. creditis*, *l. quod si nolit* 31. §. *quia assidua* 20. *ff. de ædilit. edicto.* Nec recte dixeris, ex lege tunc obligationem nasci; cum ex contractu, non ex lege, ad ea præstanda actio detur. Pari ergo ratione contrahentes matrimonium simplicissime sine ullis pactis expressis, tamen tacite intelligi debent ea omnia contractui matrimonii adjecisse, quæ in consequentiam matrimonii fieri statutum domicilii, ubi matrimonium contractum censetur, definivit, adeoque etiam, ut esset communio, ubi lex illius loci inter effectus matrimonii communionem ponit, sic fit, ut pactum tacitum, statuto conforme, accedat matrimonio, seu conjuges credantur se tacite composuisse ad normam statuti sui domicilii, & quia pacta expressa nuptias contrahentium, quibus id agitur, ut *universalis inter conjuges communio sit*, effectum habent, si non realem, at saltem personalem, quantum ad omnes res ubicunque sitas, etiam illis in locis, in quibus communio illa universalis per statutum inducta non est, si modo non nominatim sit vetitum, eam pacto induci, ut in superioribus velut jus certum assumtum fuit; nihil etiam revera obstat, quominus effectum eundem tacito huic conjugum pacto quantum ad bona ubicunque sita asseramus.

Nec cum ratione regesseris, hæc pacta tacita ita demum concipienda ac admittenda esse, si cum statutis conveniant, adeoque pacta quidem tacita, statutis convenientia, influere in contractum nuptialem; sed non esse recipienda quantum ad res ibi sitas, ubi alio jure immobilia reguntur, adeoque tacitas conventiones statuto alicui contrarias non influere in contractum; verum expressa istorum statutorum derogatione & renunciatione tunc opus esse, ut vires perdant. Respondeo enim, hoc ipsum esse, de quo quæritur, adeoque non assumendum sed probari oportere: nam cum expressi & taciti in jure nostro regulariter eadem vis sit, etiam illis in casibus, ubi pro forma requiritur consensus & declaratio voluntatis, veluti parentum ad nuptias liberorum (ut patet ex *ff. si, ut proponis, pater* 5. *C. h. t. ff. de nuptiis*, & iis quæ supra *n.* 8. *h. t.* dicta sunt) ac non ambigatur, quin pacta conjugum expressa sese porrigant ad bona omnia, licet ex lege situs sui alio jure censenda; consequens est, ut doceri debeat, in illis casibus, quibus expressi & taciti idem effectus non est, hunc quoque numerandum esse. Sed ne in sola asserti istius negatione subsistam, verum ex adverso demonstrem, tacitam statuti alicujus renunciationem sufficere ad id, ut illud effectum non exserat; primo quidem illud inter omnes constare arbitror, pacto dotali, quo id actum est, *ut omnium rerum inter conjuges communio sit*, vel, *ut sola quæstuum inter conjuges sit communio*, statuta, diversum determinantia, vires suas perdere quantum ad immobilia talium paciscentium bona ubicunque sita, licet paciscentes nominatim nullam pacto inseruerint statuti aliud definientis renunciationem: quo ipso corruit satis illud assertum, quo expressa exigitur statuti renunciatio, ut illud cesset. Sed & ulterius constabit apertius, tacita quoque pacta effectum sortiri contra statuta aliter disponentia, saltem quantum ad obligationem personalem; secundum ante dicta, sine expressa renunciatione, si concipiamus, statuto dictari, inter conjuges acquæstuum omnium ubicunque sitorum sive mobilium sive immobilium communionem esse, nuptias autem sine ullis pactis dotalibus per talis territorii eo jure utentis subjectos, puta Antwerpienses, (ubi id obtinere supra monitum) fuisse initas. Nam uti illud expeditum est, immobilia, in territorio Antwerpiensi sita, ipso jure seu vi statuti, a conjugibus tacite comprobati, inter conjuges communia esse; ita ex adverso illud quoque certum est, statuti illius effectus reales ad immobilia stante matrimonio quæsita, sitaque in tali loco, ubi simile jus circa acquæstus haud viget, non extendi: sed quia conjuges sine pactis dotalibus ad nuptias processerunt, & ita dispositionem statuti sui domicilii tacite amplexi sunt, ex vi taciti cujusdam pacti inter se cœperunt obligati esse ad conquisita territorii alterius, alio jure utentis; immobilia vel *in specie*, vel saltem in æstimatione communicanda; prout id ipso statuto Antvverpiensi superius allegato *tit.* 41. *art.* 63. & 65. diserte cautum. Sic fit, ut sine specifica & expressa statuti renunciatione per solum pactum tacitum, ex alterius statuti comprobatione tacita inductum, statuta reliquorum locorum vires perdant, quod demonstrandum erat. Sed & simul ex hisce apparet, verum non esse, quod obtenditur, expressam in contractu requiri relationem ad statutum, ad id, ut statutum informet contractum, quin contra sufficere, quod Antwerpienses nullo pacto dotali contrarium caverint ejus, quod statuto cautum est. Quod si quis hisce necdum acquiescendum arbitretur, sed ulterius excipiat, ipsum illud statutum Antwerpiense, & si quod sit aliud simile, pro suis subjectis videri pepigisse, & aliorum locorum renuncias e statutis, dum expresse definivit, omnia conquisita, ubicunque reperta, oportere communia esse, ac vel *in specie*, vel in sui æstimatione communicari, quoties lege situs quorundam immobilium aliud circa acquæstus dispositum est; at nihil tale in Hollandia inveniri constitutum: responsum habeat, id, quod statuto uno alteroque diserte ac salva justitia cautum est, in reliquis statutis simplicius conceptis, aut simpliciter universalem communionem per nuptias inducentibus, ac præcipue in statuto Hollandico, non scripta aliqua lege Hollandica, sed immemoriali populi usu inducto, subaudiendum esse: dum constat, illam vulgo esse jura condentium intentionem, ut quam longissime statuti sui vim atque auctoritatem extensam velint, nec minorum potestatis amplitudi-

nem suis statutis tribui facile patiantur, quam aliorum locorum legislatores suis legibus conditis asserunt, atque adeo, licet reales sui statuti effectus ultra territorium suum porrigere nequeant; tamen, quia personales possunt, ac rogati de sui statuti viribus, similia Antwerpiensi statuto procul dubio responsuri essent, eorumque potissimum est, suorum subjectorum actus regere ac interpretari; consequens est, ipsos etiam pactioni tacitæ suorum subjectorum, sine expressis pactis dotalibus in nuptias coeuntium, hanc mentem tributuros, ut illa pactio sese quantum ad effectus personales ad omnia extendat conjugum bona, etiam immobilia alibi sita. Et, uti hæc probabilis statuentium intentio est, ita quoque ipsorum nuptias contrahentium censeri debet; quippe qui scientes (vel facile saltem scire valentes, ac non nisi ignorantia supina nescientes) statuta loci, in quo domicilium fovent, vel ad quem per nuptias velut ad domicilium transituri sunt, ignorantes autem non supina, sed justissima ignorantia, etiam viris juris peritissimis excusata, quinam in singulis locis aliis, per quæ immobilia possunt dispersa esse, effectus matrimonio etiam circa admissam aut exclusam bonorum communionem tribuantur, credendi sunt in matrimonio contrahendo certos potius sibique notos, & uniformes comprobasse nuptiarum effectus, quam incertos, vagos multumque variantes, ac sibi ignotos, nec nisi cum magno temporis simul & pecuniæ dispendio accurate indagandos. Consentimus utique ordinato consensu in nota; non in ignota, quorum ignotorum uti nulla cupido est, ita nec comprobatio satis ordinata intelligi potest. Firmaturque hæc ipsa conjugum intentio ex eo, quod jam superius adductum est, nempe si non pateat, quid inter contrahentes actum sit, tunc consequens esse, ut sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur, *l. semper in stipulationibus* 34. *ff. de Reg. jur*. Quemadmodum etiam pro eadem conjugum mente argumentum in eo est, quod, quando testator instituit testamento suo *heredes suos ab intestato*, non intelligatur respexisse ad statuta singulorum locorum per quæ immobilia dispersa habet, sed potius ad unicum statutum sui domicilii, cujus noverat sententiam ac succedendi ordinem, dum locorum aliorum successiones legitimas probabiliter minus habebat perspectas; de quo latius dicendum erit *in t. de hered. instituendis*. Denique hanc tacitam contrahentium mentem evincit quoque, quod a nemine in dubium vocatum invenio, quin omne æs alienum, cujus nomine persona unius conjugis ante matrimonium devincta fuit, conjugibus commune fiat; cui consentaneum est, ut & omnia lucra seu bona communia sint, dum in societatibus ita jus est, ut eadem commodi & incommodi ratio sit, arg. *l. secundum naturam* 10. *ff. de regul. juris*, §. 3. *Instit. de societate*, præsertim, ubi amplius consideraveris, non certi loci, sed universarum facultatum æs alienum esse, & totum patrimonium imminuere regulariter, non certi loci facultates, ut ab Ulpiano scriptum est in *l. si fideicommissum* 50. §. 1. *ff. de judiciis*.

Non etiam sententiæ huic de communione universali ad res omnes immobiles ubicunque sitas extendenda repugnat ratiocinium a successionibus ab intestato petitum, in quibus fere extra dubium est, immobilia regi lege situs sui, ac tot diversas intelligi hereditates, quot locis diversis, alio atque alio jure utentibus, immobilia intestati defuncti dispersa sunt. Etenim a disparatis male fit illatio; cum non ita concipi possint testamenta tacita eorum, qui intestati moriuntur, uti quidem pacta tacita eorum, qui matrimonium sine expresso pacto dotali conveniunt, dum multi intestati moriuntur, quibus testamenti condendi facultas ob ætatem, prodigalitatem, furorem, aliaque similia in universum denegata est; contra vero nulli matrimonium possunt contrahere, nisi qui etiam vel soli, vel muniti auctoritate eorum, quorum & auctoritate nuptias ineunt, pacta dotalia aperta concipere jure valeant. Adde *tit. de constitut. Principum*, parte altera, *de statutis n.* 21. ubi hæc difficultas plenius discussa est. Et quia statuta, caventia, conjugi superstiti competere debere usumfructum in bonis defuncti, re ipsa disponunt de successione conjugum, arg. *nov.* 117. *cap.* 5. hinc non satis feliciter a dissentientibus adducitur, statutum illud, quo ususfructus superstiti conjugi in bonis defuncti tribuitur non pertinere ad res immobiles alio in loco sitas, ubi talis successio legitima conjugis superstitis in usumfructum nota non est. Nam cum jam dictum sit, a successione ab intestato deducta argumenta non satis stringere, necesse est, hoc quoque ab usufructu petitum inefficax esse.

Minus quoque hanc, quam tueor, opinionem premit, quod Ultrajectini matrimonium contrahentes Ultrajecti, cujus loci statuto conjuges prohibentur sibi invicem gratificari ultra usumfructum reciprocum, ac maritus improlis prohibetur immobilia alienare sine consensu uxoris; possint tamen suprema voluntate sibi invicem relinquere proprietatem plenissimam immobilium in Hollandia sitorum, ac maritus talis, etiam invita uxore, liberrimam eorum facere alienationem, dum lex Hollandica tali conjugum gratificationi, ac faciendæ per maritum alienationi, non intercedit; unde evidens videtur, Ultrajectinos, Ultrajecti nuptias ineuntes sine pactis dotalibus, non censeri in contrahendis nuptiis sese conformasse statuto Ultrajectino, nec legibus Hollandicis circa gratificandi & alienandi licentiam derogasse. Considerandum namque, statutum Ultrajectinum de gratificatione inter conjuges & immobilium alienatione prohibitorium esse, ac proinde ita ligare, ut nec pactionem in contrarium expressam admittat, sed invitos ac reluctantes suæ subiiciat dispositioni: quo fit, ut dici nequeat, eos quantum ad res alibi sitas probare tacite in matrimonio ineundo voluisse id, quod domicilii Ultrajectini lege obtinet; dum de ipsis dubium est, an non ipsarum quoque rerum Ultrajecti sitarum intuitu a lege Ultrajectina recessuri fuissent, si modo id ipsis licuisset, nec aperta statuti prohibitio omnem impedivisset, in contrarium conventionem, Menochius *de præsumt. lib.* 4. *præsumt.* 202. *n.* 21. Quod etiam antea a me satis expositum *d. tit. de constitution. Principum*, parte altera, *de statutis n.* 10.

Debilius præterea est, quod urgetur in contrarium. Ultrajecti ad inducendam per nuptias communionem requiri concubitum, in Hollandia solam sufficere benedictionem sacerdotalem; si autem Ultrajectinus, prædia possidens tum Hollandica tum Ultrajectina, uxorem Ultrajecti ducat, ac post benedictionem in ipsis epulis ante thori ingressum moriatur, Hollandica quidem prædia ex lege situs fore communia, Ultrajectina non item; adeoque statutum domicilii non

influere in contractum matrimonii quantum ad res alibi sitas, nec tacito pacto statutis aliorum locorum videri derogatum. Primo enim assumitur hic, quod probandum est, cujusque contrarium merito dixeris & æquius & justius esse. Nam, qua solemnitate, quibus modis contractus quisque celebrandus sit, quando solemniter initus ac perfectus intelligatur ex lege loci, in quo contractus celebratur, dijudicandum est, non vero ex statutis regionis illius, ubi sitæ sunt res immobiles, circa quas primario aut per consequentiam contractus versatur; ut dictum *d. tit. de constit. Principum*, parte altera, *de statutis n.* 13. Ac proinde, cum nuptiæ, quæ Ultrajecti contrahuntur, non ante ad producendos statutarios nuptiarum effectus (secus in effectibus, quos nuptiæ habent a jure civili, veluti in legitimatione, ab intestato successione, de quibus alibi) perfectæ sint, quam si accesserit in thorum ingressus, sequitur, ex matrimonio necdum per concubitum perfecto nullam posse communionem nasci respectu prædiorum Hollandicorum, dum & Hollandi non aliis nuptiis quam perfectis hunc communionis effectum adscribunt. Quemadmodum vice versa communia fierent prædia Ultrajectina ad Hollandos in Hollandia matrimonium contrahentes pertinentia, quam primum benedictio sacerdotalis nuptias in Hollandia firmaverit; licet concubitus necdum subsecutus sit: eo quod Ultrajectini perfectis nuptiis hanc communionis inducendæ tribuunt facultatem, perfectæ vero sunt, quæ adhibitis illius loci, in quo ineuntur, solemnibus contractæ. Nam & si fingas, in alio extra Hollandiam loco, in quo etiam statutaria ex nuptiis communio est, nuptias per illius loci subjectos esse contractus sine ullo denunciationum publicarum interventu, cum vel sine solemnibus denunciationibus publicis ibi nuptiæ possent contrahi, vel, cum hæc desiderarentur, statutum tamen loci certa pœna in omittentes proposita contentum sit, at de cætero nuptias nihilominus ratas habeat (de quo nos in *pr. hujus tituli*) ideo ne dicemus, communionem inductam esse quantum ad immobilia in loco matrimonii contracti sita, non esse communionem quantum ad prædia Hollandica, quia nuptiis talibus adhibenda ex statuto Hollandico solemnia desunt. Quin potius, si certiorem sequamur rationem, statuendum erit, nuptiis quacunque ratione non in fraudem alieni statuti legitime contractis, ubique locorum eam esse vim tribuendam, quam justis nuptiis ex statuto, aut pacto dotali tribui regionum singularum consuetudo fert; uti testamentis ex solemnitate Hollandica conditis vis tribui solet operandi quantum od omnes testatoris res, licet ibi sitas, ubi vel alia vel major testamentorum solemnitas est. Nec nunc dicam, durum illud & inhumanum futurum, si Ultrajectinus, sola Ultrajectina habens prædia, Ultrajectinam aut Hollandicam, solis prædiis Hollandicis beatam, Ultrajecti uxorem duceret, & inter nuptialis convivii festivitatem repentina morte ante ingressum in thorum alteruter periret, sponsi quidem heredes prædiorum Hollandicorum dimidium quasi ex lege Hollandica lucraturos, sponsæ vero ipsi nihil vicissim ex prædiis sponsi Ultrajectinis quæri, quia ex lege Ultrajectina ob defectum concubitus in Ultrajectinis fundis communio necdum nata est. Si dixeris hanc duritiem a lege esse, ac pactis dotalibus huic incommodo potuisse occurri; cogitandum erit, pacta dotalia in casum matrimonii perfecti concipi, de eo vero quæstionem nunc esse, quando matrimonium ad effectus ex statuto producendos perfectum intelligatur; ac præterea ominosam nimis fore pactionem illam, qua quid in casum mortalitatis inter benedictionem sacerdotalem & concubitum intervenientes obtinere deberet, definiendum foret, qualis ominosa pactionis necessitas non videbatur opponenda voto conjugum, quo diuturnum, imo perpetuum vitæ consortium vovere præsumuntur, arg. *l. cum tale* 72. *in pr. ff. de condit. & demonstrat.* junct. *l.* 1. *ff. de ritu nupt. l.* 1. *ff. de jure dotium.* Sed & secundo, si daretur maxime, ex matrimonio Ultrajecti per benedictionem sacerdotalem contracto, sed necdum per concubitum subsecutum confirmato, Hollandica prædia inter conjuges communicari, Ultrajectina non item, nondum tamen argumentum inde adversus communionem ad bona ubicunque sita porrigendam stringeret: cum dici possit, Ultrajectinum quidem legislatorem nondum admittere hunc matrimonii in suo territorio a suo subdito contracti effectum, quia etiamnum aliquid ex requisitis deesse deprehendit, ingressum scilicet in thorum conjugalem; sed quia legislator Hollandus perfectas pronunciat nuptias sine concubitu, ex sola legitime adhibita sacerdotali benedictione, eum potuisse omnino ratum habere hunc actum matrimonii, tanquam jam perfecti, ejusque effectus in bonis suo in territorio sitis tueri; dum in eo actu matrimonii sua invenit solemnia; nec ita in Ultrajectinum magistratum injurius dici potest, aut quicquam detrahere legis Ultrajectinæ auctoritati, ut id latius a me adstructum *in tit. de constit. Princip.* parte altera, *de statutis num.* 15.

86. Quod autem in hujus arduæ quæstionis decisione dictum fuit, leges domicilii mariti, circa communionem universalem admittendam aut respuendam attendi oportere, quia in domicilium mariti mulier per conditionem matrimonii transitura est; fallit tamen, si vel expresse id actum sit, vel alioquin ex circumstantiis manifestum, eo maritum animo esse illo tempore, quo fœdere matrimonii jungitur, ut in domicilium uxoris suæ ipse transeat: tunc enim magis statuta loci, in quem maritus per nuptias domicilium transfert, circa communionem spectanda esse, docet Lambertus Goris *adversar. tract.* 1. *c.* 6. *num.* 7. Chassanæus *ad consuetud. Burgund. rubr.* 4. §. 2. in verbis, *in ducatu Burgundiæ n.* 7. Parens p. m. Paulus Voet *de statutis, sect.* 9. *c.* 7. *n.* 5.

87. Plane, si initio nuptiarum secundum legem domicilii mariti, universalis bonorum omnium communio inter conjuges inducta fuerit, vel etiam ex adverso exclusa; deinceps autem post temporis intertitium, mutata mente, conjuges domicilium alio transferant, veluti, ex Hollandia vel regione Ultrajectina concedant in Frisiam, ubi contrarii effectus matrimonii ex statuto vigent, ac sola inducitur acquæstuum communio, migratio illa per se sola nullam potest circa communionem semel inductam adferre mutationem, sed durabit & in novo domicilio, quæ inducta est, manebitque exclusa, quæ ab initio exclusa fuit. Ut enim migratio nullam pactis dotalibus aperte conceptis mutationem adferre potest, ita nec bonorum communioni per tacitam conjugum pactionem secundum superius declarata introductæ: tum quia migratio nuspiam numeratur inter modos dissolvendæ vel introducendæ societatis, aut alterius con-

ventionis; tum, ne, alioquin ab incerto migrationis eventu penderent pacta antenuptialia; neve esset in potestate mariti pacta dotalia mutare, etiam invita ac reluctante muliere, dum eadem invita potest domicilium alio transferre, ut dictum *tit. de judiciis. n.* 101. Lam. Goris *adversar. tract.* 1. *cap.* 7. *num.* 3. *& seqq.* Joh. a Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 5. *defin.* 10. Ant. Matthæus *paræmia* 2. *num.* 66. 67. *pag. mihi* 87. 88. 89. 90. Groenewegen *ad l.* 65. *ff. de judiciis.* Rodenburch *de jure conjugum tract. prælim. de statutor. diversit. tit.* 2. *parte altera, cap.* 4. *num.* 3 Abr. a Wesel *de connub. societ. tract.* 1. *num.* 104. *& seqq.* Parens p. mem. Paulus Voet *de statutis sect.* 9. *cap.* 2. *num.* 7. Quid, quod nec cum migratione concurrens expressa conjugum testatio, quod velint novi domicilii jure circa hæc uti, semper immutationem eorum, quæ primitus ab initio matrimonii inducta, adferre potest; sed tantum illis in locis, in quibus per statuta inter conjuges gratificatio impedita non est. Qua ratione si Frisones conjuges, inter quos ex lege Frisica sola erat acquæstuum communio, Ultrajectum migrent, ac publico forte instrumento profiteantur, sibi ex novi domicilii lege universalem omnium placere communionem, nullarum virium erit illa testatio, perdurabitque sola communio acquæstuum, quæ ex initio matrimonii originem habuit, eo quod talis stante matrimonio inducenda omnium communio maritum aut uxorem redderet ditiorem, cum conjugis alterius depauperatione, atque adeo incideret in prohibitam lege Ultrajectina inter conjuges gratificationem. Contra quam statuendum esset, si iidem conjuges Frisones ex Frisia non Ultrajectum, sed in Hollandiam concedentes, habitandi causa, ibidem similem de amplectendo statuto Hollandico facerent declarationem, mutua præsertim suprema voluntate: nasceretur enim inter eos convenienter juri Hollandico universalis communio, utcunque conjugum uni ex bonis alterius longe plura, quam alteri quærerentur; dum jus Hollandicum non ita improbavit inter conjuges liberalitatem, maxime supremo judicio collatam aut confirmatam. Quæ & non obscure videntur innuere Goris, Rodenburch, Ant. Matthæus, & Wesel *d. locis.*

88. Quod si nuptiarum initio maritus duo simul diversis in locis alio atque alio jure circa communionem utentibus domicilia foverit, æstimanda videtur communionis admissio vel exclusio ex statuto regionis, in qua frequentius commorari solet, rerumque ac fortunarum suarum majorem partem constituit, ut post Ant. Matthæum *d. paræmia* 2. *num.* 59. aliosque observat Wesel *de connub. societate d. tract.* 1. *num.* 103.

89. Sunt tamen casus, quibus communio bonorum inter conjuges non nascitur, puta, si minorennes sine parentum aut tutorum vel agnatorum consensu, pro vario regionum jure, tutorum aut cognatorum consensum desiderante, nuptias contraxerint, & communio ipsis minoribus seductis damnum, seducentibus lucrum allatura esset, de quo supra *hoc tit. num.* 11. *& seqq.* Uti &, si viduus aut vidua habens liberos prioris thori, ad secunda vota transeat, & communio inter parentem superstitem ac novercam vitricumve nata, liberis prioris matrimonii nocitura sit, de quo inferius *h. t. num.* 123. Non etiam ex concubinatu, aut præmaturo inter sponsum sponsamque concubitu, nasci communionem, etsi nuptiæ post secutæ sint, sed demum ab ipso nuptiarum tempore, extra dubium videtur positum; cum concubinatus ne apud Romanos quidem, ac longe minus hodiernis moribus, matrimonio exæquatus sit, ac omnis extra matrimonium concubitus ad stuprum spectet, Joh. a Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 5. *defin.* 2. *in fine.* Jacobus Coren *consil.* 26. *quæst.* 3. Ant. Matthæus *paræmia* 2. *num.* 11. 15. 16. Abr. a Wesel *de connubiali societ. tract.* 1. *num.* 56. 57. Matrimonium putativum quod attinet, cui scilicet legitimum tale impedimentum subest, ut ob id vere nullum sit, veluti nimia sanguinis aut affinitatis propinquitas, vulgo traditum invenio, tam diu inter conjuges putativos communionem esse, quamdiu in errore hærent; scientia utriusque superveniente, in totum evanescere; alterutro tantum sciente ac callide dissimulante, toties communionem esse, quoties ea ignoranti prodest, non item, si damnosa sit; idque in pœnam illius, qui impedimenti non ignarus fuit, arg. *l. qui contra* 4. *C. de incest. & inutil. nupt. l. si cum dotem* 22. *§. ult. ff. soluto matrimonio.* Sande *dict. lib.* 2. *tit.* 5. *defin.* 2. Matthæus *d. paræm.* 2. *num.* 17. 18. Wesel *de tract.* 1. *num.* 53. 54. Licet alioquin matrimonium, quod nullum est, nullos possit effectus producere. Facitque summopere pro hac sententia Marciani responsum *in l. ult. ff. de legatis* 1.

90. Nata autem per nuptias communio, iisdem diremtis, iterum dissolvitur; nisi inter superstitem & defunctæ heredes soluto matrimonio continuetur, de qua continuatione *ad tit. soluto matrimonio.*

91. Si quæras utrum in dubio pro communione hac universali inter conjuges præsumtio capienda sit, nec ne? respondendum videtur, pro ea præsumendum esse, quoties ex domicilii mariti eam approbavit, adeoque omnino inter conjuges Hollandos, in Hollandia matrimonium contrahentes: contra vero pro sola communione acquæstuum præsumtionem militare, si eo loci conjuges domicilium tempore nuptiarum foverint, ubi sola acquæstuum communio lege vel more probata est: cum unusquisque in dubio intelligatur se conformare voluisse statuto sui domicilii, in quo nuptias contrahit vel contraxisse fingitur; & facti quæstio sit, exclusa esse ea, quæ jure municipali cauta sunt: ut proinde ejus probatio asserenti incumbat, uti constiterit, quo loco initio matrimonii conjuges fixum habuerint domicilium suum, Jacobus Coren *observat.* 38. *num.* 63. *& seqq.* Neostadius *de pactis antenupt. observat.* 23. *in fine.* Ant. Matthæus *paræmia* 2. *num.* 68. Confer D. Joh. a Someren *de jure novercar. c.* 3. *num.* 10. *& cap.* 12. *n.* 3.

92. Antequam huic de communione disceptationi finis imponatur, operæ pretium fuerit, notabiliores quasdam in unum congerere differentias inter hanc statutariam bonorum omnium inter conjuges communionem, & illam, quæ jure Romano specialiter per contractum inibatur, universarum fortunarum societatem. Etenim cum socius universalis ex jure civili non plus, quam suam partem ex rebus communibus alienare posset, *l.* 1. *& tot. tit. Cod. de commun. rerum alienat.* nec socios reliquos promiscue, sed tantum positis certis distinctionibus, ex suis contractibus aut factis obligatos reddere, de quibus *tit. pro socio num.* 13. *& seqq.* ne societati imputare ea, quæ luxu, alea, aliove prodigalitatis genere dissipavit, aut alias

dolo lata vel levi culpa corrupit, perdidit, amisit, *l. adeo morte* 50. §. 1. *ff. pro socio*, ac ob id obstrictus esset eorum, quæ societatis intuitu gesserat, rationes reddere, *l. quædam sunt* 9. *in pr. ff. de edendo.* Ex adverso hæc omnia aliter sese habere in statutaria inter conjuges communione, a pragmaticis nostri temporis observatum est; dum in Hollandia maritus res omnes sibi & uxori communes solus in solidum etiam sine uxoris assensu alienare potest; atque insuper se simul & uxorem etiam invitam ex omnibus suis contractibus obligatam reddere; quin & uxori sociæ per prodigalitatem nocere, imo in universum res communes perdere luxu ac evertere; dum nullas gestionis suæ rationes reddere obstrictus est, Neostadius *de pactis antenupt. obs.* 9. *in fine*, Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *c.* 1. *num.* 13.

93. Circa tempus, ex quo hi, quos hactenus recensui, nuptiarum effectus incipiant locum habere, variant locorum statuta. In Hollandia enim statim a nuptiis solemniter coram lege loci vel in facie ecclesiæ per benedictionem sacerdotalem contractis, etiamsi concubitus subsecutus non sit, effectus hosce nasci placuit; quia nuptias non concubitus, sed consensus facit, *l. nuptias non* 30. *ff. de reg. juris.* Quemadmodum etiam tunc locus esse incipit iis omnibus, quæ in casum matrimonii dissoluti pactis dotalibus cauta sunt, Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 24. Neostadius *de pactis antenup. observ.* 15. 16. 17. Groenewegen *ad l.* 6. *ff. h. t. n.* 1. 2. *ac l.* 6. *& l.* 16. *inf. C. de donation. ante nupt.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *l.* 1. *c.* 14. *n.* 5. Ultrajecti vero, ut & in Frisia, insuper ingressus in thorum genialem post nuptias solemniter contractas requiritur. Statutum *urbis Ultraject. rubric.* 22. *art.* 1. Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *t.* 5. *defin.* 1. *in fine.* Priorem sententiam Gelris, Transisulanis, Gallis; posteriorem Saxonibus & Hispanis probatam esse, monet Groeneweg. *ad d. l.* 6. *ff. h. t.* D. Joh. a Someren *de jure novercarum cap.* 12. *num.* 1. Leeuwen *d. loco*, Parens p. mem. Paulus Voet *ad §. ult. Instit. de patria potestate, num.* 11. & plenius multorum mores enarrat Lambertus Goris *adversar. tract.* 1. *cap.* 2. *per tot.* Ant. Matthæus *paræmia* 2. *n.* 55.

94. Posita autem necessitate concubitus, plures inde controversiæ surgunt, quas omnes discussas vide apud Abrah. a Wesel *de connub. societ. tract.* 1. *num.* 32. *& seqq. usque ad num.* 52. veluti, quid juris sit, si concubitus nuptias antecesserit, iis vero contractis secutus non sit? Quid, si novi conjuges statim post benedictionem sacerdotalem thalamum anticipaverint? Quid, si sponsus miles ab ipsis epulis ante concubitum surrexerit ad arma, ac in acie perierit? An præter ingressum in thorum congressus quoque venereus desideretur? Quid, si sponsus senio, ebrietate, malis artibus impeditus, actum concubitus exercere non potuerit? & quæ hujus generis plura sunt.

95. Quod si peractis publicarum denunciationum solemnibus, ac die nuptiarum condicto, vel saltem condicendo, alteruter in contrahendis nuptiis moras nectat, atque ita inter moras mors alterutrius supervenerit, verum quidem est, statutariam communionem re ipsa natam non esse, nec locum esse factum iis, quæ pactis dotalibus in casum matrimonii dissoluti cauta sunt; eo quod hactenus neque verum matrimonium, neque ullum ejus simulacrum, seu putativum, intercessit. Sed ne moratori aut heredibus ejus sua mora prosit, æquum est, superstiti, qui moram passus est, aut heredibus ejus adversus moratorem aut ejus heredes in factum actionem dari ad id quod interest, moram haud intervenisse; dum vel morator opulentior erat, & ex nuptiis communio universalis fuisset nata; vel superstiti quædam ex pactis dotalibus in casum matrimonii dissoluti lucra cessissent. Wesel *de connub. societate tract.* 1. *num.* 52. post alios ibidem citatos. Morator sane nullum plane lucrum sibi jure vindicaverit, cum sibi imputare debeat, quod lucri acquirendi conditionem, puta matrimonii contractum, haud adimpleverit, Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 80. *n.* 11. vers. *secundo limitatur.* Carpzovius *defin. for. part.* 3. *constit.* 18. *defin.* 9. *num.* 3. 4. 5. Berlichius *concl. pract. par.* 3. *concl.* 25. *n.* 38.

96. Porro an, & quo usque, per pacta dotalia imminui, restringi, tolli, mutari possint hi nuptiarum effectus, ad *tit. de pactis dotalibus* ex professo explicandum est.

97. Denique circa nuptias eorum, qui eas contrahunt in locis, quæ subsunt societati Indiæ Occidentalis, & effectus ex nuptiis talibus profluentes, cautum invenio ab Ordinibus Generalibus, ea servanda esse, quæ Edicto Politico Ordinum Hollandiæ *anno* 1580. disposita sunt, *Ordre van regeeringe in West Indien* 13. *Octobr.* 1629. *art.* 59. *vol.* 2. *placit. Holland. pag.* 1245.

98. Sunt autem nuptiæ vel primæ vel secundæ, sub quibus secundis & tertiæ, & quartæ, & ulteriores comprehendi solent, *l. hac edictali* 9. *C. de secund. nuptiis.* quæ omnes licitæ, licet multorum matrimoniorum experientiam legitimæ cujusdam intemperantiæ signum nonnulli censuerint. Ad has vero secundas nuptias an & parentum consensus requiratur, quoties a viduo, viduave minorenne contrahendæ sunt, supra *n.* 17. expositum est. Et quamvis in plerisque effectus iidem, quos de primis nuptiis recensuimus, in secundis quoque, ac ulterioribus locum habeant; tamen quædam secundis peculiaria sunt, & ob id seorsim excutienda. Etenim primo quidem non protinus a dissolutis primis ad secundas transitum mulier impune facit, sed per annum luctus tenetur expectare; licet medio ex tempore eam sponsam fuisse, non noceat, nec vir uxorem elugere compellatur, *l. uxorem* 9. *l.* 10. *ff. de his qui not. infam.* Quod si præmature quis viduam duxerit, aut ducenti auctoritatem accommodaverit sciens, aut juris errore, infamis est, *l.* 1. *l. liberorum* 11. §. 1. 3. *&* 4. *l.* 12. *l.* 3. *ff. de his qui not. infam.* sicut & ipsa, quæ immature nupsit, *l.* 1. *C. de secundis nuptiis.* Præter quam infamiæ pœnam plures aliæ recensentur in *d. l.* 1. *C. de secundis nuptiis.* Ac pœnis hisce contenta lex Romana, nec nuptias præmaturas irritas habet, nec rescindi jubet, verum potius legitimas appellat, *novell.* 39. *cap.* 2. *post med.* Sed uti jure Canonico hæc pœna infamiæ sublata est, *cap. cum secundum* 5. *extra, de secundis nuptiis*, ita quoque nostris & aliorum plerorumque moribus hic ad elugendum annus non servatur, permissumque viduabus maturius ad alia vota transire sine metu infamiæ & aliarum pœnarum, quæ festinatis nuptiis secundis sunt propositæ; si modo tanto expectent temporis spatio, quo constare potest, non metuendam esse sanguinis confusionem: qua in re uti multum valet arbitrium eorum, quibus causæ matrimoniales

demandatæ sunt, ita fere expeditum est, non ultra sex menses a morte primi mariti viduam a nuptiis secundis repellendam esse, si ex marito priore prægnans non sit, *Echtreglement van de Staten Generaal* 18. *Martii* 1656. *art.* 52. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2440. Appendix decisionum *post responsa Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 8. Jacobus Coren *consil.* 11. Groenewegen *ad l.* 1. *C. de secundis nuptiis*; Leeuven *censura forens. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 27. 28. Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 11. *Instit. de nuptiis n.* 3. Quid juris sit, quidque præsumendum, si ob nimis festinatas secundas nuptias haud satis constet, utrum partus editus ex primo, an ex secundo marito conceptus sit, dictum *tit. de his, qui sui vel alieni juris sunt, n.* 9.

99. Quod si maritus absit, ac certum sit, eum vivere, nullo modo uxori ejus liberum est alteri nubere, quoties justa absentiæ causa est, veluti expeditio militaris; licet nec literas nec responsum aliquod a suo marito receperit, *novell.* 117. *cap.* 11. *in pr.* Sin dubium, an vivat, nec ne; in eo quidem, qui ab hostibus captus fuit, a Justiniano constitutum est, post quinquennii spatium sine periculo mulierem ad alia posse vota transire, *novell.* 22. *cap.* 7. in iis vero, qui in expeditione versantes, ab hostibus capti non sunt, expectandum omnino esse reditum, nec uxoribus eorum nuptias alias permittendas esse, nisi de mariti morte jurato deponant chartularii illius numeri, in quo militavit, & inter horum testimonium ac secundas mulieris nuptias anni spatium intercesserit: his enim non observatis, & ipsam & secundum maritum adulterii pœnis plecti debere; sed &, si maxime his observatis mulier ad aliud transierit matrimonium, deinceps vero prior maritus etiamnum superstes revertatur, licentiam ei concedendam esse, si voluerit, uxorem recipiendi; pœna in falsos ac perjuros testes decernenda, *novell.* 117. *cap.* 11. In Belgio Fœderato judicatum refert Reydanus *annalium lib.* 18. Bommeliano cuidam ante duos & viginti annos capto, cum reversus conjugem suam alteri nuptam reperisset, uxorem restituendam esse, eamque secundum maritum deserere compellendam. Sed postea ab Ordinibus Generalibus constitutum fuit, si toto quinquennio nullæ de marito tanquam superstite novellæ, indicia nulla fuerint, posse mulierem ex magistratus decreto, præmissa causæ cognitione, alteri nubere, *Echt-reglement van Staten Generaal* 18. *Martii* 1656. *art.* 90. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2446. quod & postea iisdem prope verbis ab Ordinibus Zelandiæ sancitum *edicto* 18. *Martii* 1666. *art.* 16. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 594. Adde Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 1. *cap.* 15. *num.* 12. Berlichium *conclus. pract. par.* 4. *conclus.* 28. *num.* 35. & *seqq.* Menochium *de arbitrar. judic. lib.* 2. *casu* 420. *n.* 118. & *seqq.* Avum p. mem. Gisb. Voetium *politic. ecclesiastica par.* 1. *lib.* 5. *tract.* 1. *sect.* 3. *c.* 4. *quæst.* 5. Plane, si marito priori displiceat ad nuptam alteri uxorem reverti, cum illa, falsis inducta rumoribus, maturius quam par est ad vota secunda transivisset, eamque malit mariti secundi relinquere consortio, recte desideraverit, matrimonium prius sententia Judicis declarari dissolutum, sibique concedi ad nuptias alias transeundi facultatem, Van Alphens Papegay 1. *deel* 1. *hoofstuk van rauwactie*, *het sesde verbaal*, *p. mihi* 60. & 61. Gisb. Voetius *d. loco q.* 5. *in fine.*

100. Cum autem experientia docuerit, secundas nuptias prioris thori liberis damnosas esse, adeo ut & matres vitricum superinducentes præsumantur plerumque (ut Constantinus Imp. ait) novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicturæ, *l. lex quæ* 22. *fere in fine*, vers. *servi etiam C. de admin. tutor.* & patres, novercam in domum recipientes, credantur plerumque novercalibus delinimentis instigationibusque corrupti, maligne circa sanguinem suum judicium illaturi, secundum Gajum in *l. non est enim* 4. *ff. de inofficios. testamento.* (*Crevisti*, inquit Seneca in consolatione ad Helviam *cap.* 2. *crevisti sub noverca*, *quam tu quidem omni obsequio & pietate quanta vel in filia conspici potest, matrem fieri coegisti: nulli tamen non magno constitit & bona noverca*) hinc per leges Romanas & mores hodiernos, liberis prioris matrimonii adversus hujuscemodi imminentia mala tristia prospectum fuit: ac primo quidem in usu nostro & aliarum gentium inductum ac comprobatum est, per parentem ad secunda vota transiturum oportere liberis, ex anteriore matrimonio quæsitis, assignari bona parentis prædefuncti, aut eorum loco certam pecuniæ quantitatem certasve res, per quandam speciem transactionis. Hugo Grotius *manuduct. ad Jurispr. Holl. lib.* 1. *c.* 9. *n.* 6. 7. Utique adeo, ut Amstelodamenses, Zutphanienses, Velavi, Medioburgenses, Daventrienses non aliter nuptias secundas conjugi superstiti permittant, quam si docuerit, talem bonorum assignationem a se jam factam esse. Quod & cautum edicto matrimoniali Ordinum Generalium 18. *Martii* 1656. *art.* 53. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2440. Sed Ultrajecti & aliis in locis non tam rigide exigi solet, Abrah. a Wesel *de connub. societate tract.* 2. *cap.* 4. *num.* 73. 74. Fit hæc bonorum assignatio per parentem superstitem vel simpliciter in Hollandia, vel etiam adjecta pactione & futura successione in illa bona assignata, ut nempe liberis morientibus ea devolvantur, vel ex jure Aesdomico, vel ex jure Scabinico, uti id latius cum variis quæstionibus inde natis a me tractatum *tit. famil. erciscundæ num.* 29.

101. Sed & secundo variæ pœnæ in gratiam liberorum primi matrimonii inductæ sunt adversus eos easve, qui quæve matrimonium aliud, viduitate relicta, sequuntur. Neque enim interest, utrum pater an mater secundas nuptias contrahat, ut pœnæ pleræque in sequentibus recensendæ locum habeant; tum quia eadem ratio in utroque sexu in plerisque militat; tum quia Justinianus justum & æquum censuit, non majores pœnas adversus mulieres, quam contra viros, ad secunda vota transeuntes, induci, *novell.* 2. *cap.* 3. *l. generaliter* 5. *C. de secund. nuptiis*, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observat.* 98. Sande *decis. Fris. lib.* 2. *t.* 3. *defin.* 2. D. Someren *de jure novercar. cap.* 13. *n.* 1. post plures alios ab iis adductos. Inter has prima est, quod binubus aut binuba amittat proprietatem relictorum sibi a priore conjuge, cessuram æqualiter liberis prioris thori, non arbitrio binubi aut binubæ uni ex his assignandam, solumque retineant usumfructum, quamdiu superstes fuerit, sive hæc ex titulo sponsalitiæ largitatis, sive pacti dotalis, sive nuptialis solemnitatis, aut mortis causa donationis, vel jure institutionis aut legati aut fideicommissi, aut alterius cujuslibet munificæ liberalitatis, quæsita fuerint, *l. fœmina* 3. *pr.* & *auth. lucrum hoc*, *l. generaliter* 5.

C. de secund. nup. iis, *novell.* 2. *c.* 2. *novell.* 22. *c.* 31. abrogata quantum ad usumfructum dispositione *legis unicæ C. si secundo nupserit*, per *d. novell.* 22. *c.* 32. *& authenticam d. legi unicæ* subjunctam. Quod si non ab ipso conjuge prædefuncto, sed ab extraneo, occasione tamen conjugis prædefuncti, quid superstiti acquisitum sit, ratione proprietatis ad liberos prioris matrimonii non reverti, verius est; licet enim id, quod ex patris occasione profectum est, profectitii peculii nomine comprehendatur, *pr. Inst. per quas personas cuique acquiritur*, & profectitia dos sit etiam, cum quis patri donaturus, filiæ dotem dedit, *l. profectitia* 5. §. *quod si quis* 2. *ff. de jure dot.* ac denique pater adrogator filio impuberi adrogato substituere possit, non tantum respectu rerum a se ad impuberem devolutarum, sed & earum intuitu, quæ impuberi patris adrogatoris occasione seu beneficio quæsitæ sunt, *l. sed si plures* 10. §. *in adrogato* 6. *in fine ff. de vulg. & pupill. substit*: quia tamen hæc omnia tantum ex juris interpretatione ac fictione pro talibus habentur, sed re ipsa nunquam patris fuerunt, adeoque nec conjugis defuncti fuisse dici possunt, quæ tantum ejus occasione conjugi superstiti obvenerunt; atque insuper pœnæ (qualis & hæc est) in dubio interpretatione molliendæ potius, quam exasperandæ sunt, *l. pen. ff. de pœnis*, arg. *l. cum quidam* 19. *in fine ff. de liberis & posthumis*, non tuto satis sine lege aperta talem admiseris pœnæ secundis nuptiis propositæ extensionem, Ant. Faber *Cod. lib.* 5. *tit.* 5. *defin.* 2. Chassanæus *ad consuetud. Burgundiæ rubr.* 7. *art.* 7. *n.* 2. Sed &, si quæ citra ullam conjugis defuncti vel defunctæ munificentiam ex mera legis depositione ex bonis ejus ad conjugem superstitem delata fuerint; ea sub dispositione, *d. l. fœmina* 3. *& d. l. generaliter* 5. *C. de secundis nuptiis*, haud comprehendi, vel inde manifestum est, quod Imperator in *d. leg.* 3. post enumeratos varios speciales acquisitionis titulos, tandem omnia, quæ reverti ad liberos prioris thori debebant quantum ad proprietatem, generali definitione complexurus, ait liberis reservanda esse, quæ uxores *cujuslibet munificæ liberalitatis præmio ex bonis priorum maritorum fuerint assecutæ*: munifica vero liberalitas non est, quam non voluntate ac beneficio conjugis, sed legis, conjux superstes ex defuncti bonis capit, D. Joh. a Someren *de jure novercarum cap.* 13. *n.* 5.

102. Altera secundarum nuptiarum pœna priori non absimilis, in eo est, quod quicquid conjux secunda vota amplectens percepit successione liberorum prioris matrimonii ab intestato, quod a parente eorum prædefuncto profectum erat, ejus proprietatem servare teneatur æqualiter reliquis liberis ex priore conjugio genitis, *d. l. fœmina* 3. §. 1. junct. *auth. ex testamento C. de secundis nuptiis*, *novell.* 22. *cap.* 46. §. 1. 2. Secus, si vel ex testamento liberorum primi thori relictæ fuerint parenti superstiti res a prædefuncto parente ad eos delatæ, (abrogata hactenus *d. legis tertiæ*, etiam testamento relicta continentis, dispositione) vel ab intestato res tales, quæ liberis prioris matrimonii non a parente prædefuncto, sed aliunde, quin & ab ipso avo paterno vel materno parentis prædefuncti, fuerant acquisitæ: quippe quarum plenam proprietatem superstes sibi acquirit ac servat secundum legis dispositionem; aut defunctæ sobolis voluntatem, *d. novell.* 22. *c.* 46. §. 1. *& seqq.* D. Someren *de jure novercar. d. cap.* 13. *num.* 3. Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 11. *n.* 25 *& seqq. & n.* 36. Sande *decis. Frisic. l.* 2. *tit.* 3. *defin.* 3. Quin &, si non immediate a parente prædefuncto bona liberis prioris matrimonii quæsita fuerint, sed vel eorum tantum occasione, vel prædefuncti parentis occasione, vel per intervenientem aliam personam; magis est, ut parens superstes, liberis in ea succedens ab intestato, plenissimam eorum proprietatem etiam post nuptias secundas contractas sibi retineat: veluti si ex fructibus ac reditibus ex patrimonio parentis prædefuncti redactis, ac post alimenta inde percepta residuis, prædia comparata sunt, aut annui reditus novi emti, vel res aliæ comparatæ; aut si propter cædem parentis liberis prioris thori pecuniaria quantitas per homicidium soluta sit, vel ex continuata post obitum unius parentis communione statutaria cum parente superstite liberis aliquid quæsitum fuerit; vel etiam in casu trium liberorum prioris thori unus moriens reliquos duos superstites heredes habeat, ac dein alter quoque in fata concedat. Cum enim ipsi fructus ac reditus patrimonii parentis prædefuncti nunquam fuerint defuncti proprii, longeque minus quæ inde fuerunt emptæ res; & pecunia a percussore parentis numerata filiis, neque patri unquam fuerit debita, neque ad filios tanquam patris heredes perveniat, ut dictum *tit. familiæ ercisc. num.* 7. uti nec ea, quæ ex continuata ac quodammodo cum liberis renovata societate ac communione liberis demum post obitum parentis obveniunt; ac denique, quæ frater secundus a primo accepit jure successionis, non amplius paterna, sed fraterna fuerint, adeoque non patris, sed fratris prædefuncti beneficio ad fratrem secundum devoluta sint; nihil vetat, quo minus parens superstes in hæc, velut non a patre, sed aliunde quæsita, pleno jure succedat; præsertim, si consideres, pœnas, ut ante dictum, interpretatione molliendas esse, *d. l. pen. ff. de pœnis*, atque etiam alios, qui sese reddiderunt facto aliquo indignos successione alicujus, veluti Titii, posse tamen venire ad hereditatem ejus, qui Titio heres fuit, & ita cum reliqua substantia etiam totam capere Titii hereditatem; quia non principaliter, sed tantum per consequentiam, ad Titii hereditatem accedunt, *l. post legatum* 5. §. *qui accusavit* 7. *&* 8. *l. qui Titii* 7. *ff. de his quæ ut indignis*, denique & eum, qui renunciavit hereditati paternæ vel maternæ, non ideo intelligi renunciasse hereditati fraternæ, licet fraternæ etiam paterna inclusa sit, fratri ex aditione quæsita, Castillo Sotomajor *de usufructu cap.* 2. *n.* 37. *& n.* 60. *& seqq.* Cujacius *ad novell.* 22. *pag.* (*mihi*) 576. *in pr.* Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 28. *in fine*, D. Someren *de jure novercarum cap.* 13. *num.* 2. Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 11. *n.* 19. *&* 20. 21. 24. *ibique plures citati*, *& de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 4. *num.* 97.

103. Et quamvis legitima parentibus ex jure Romano sit debita, nec ea privandus sit conjux binubus quantum ad bona liberorum, non a parente defuncto, sed aliunde profecta; tamen quantum ad ea, quæ immediate a prædefuncto parente ad liberos processerunt, atque ita subjacent dispositioni *d. leg. fœmina* 3. §. 1. parentem superstitem etiam ipsius legitimæ talium rerum solum usumfructum, non item proprietatem habiturum, juris ratio manifeste dictat;

dum legitima est portio portionis ab intestato debitæ, portio vero rerum e parente præmortuo ad liberos primi thori devolutarum, ad superstitem jure successionis intestatæ tantum defertur ratione usufructus, non item proprietatis intuitu; ac proinde consequens est, sub legitima parenti superstiti binubo debita, non proprietatem, quippe ab intestato haud debitam, sed usumfructum solum comprehendi posse. Nec recte exceperis, superstitem parentem binubum non in solo usufructu, sed etiam in proprietate rerum talium succedere liberis prioris thori, ac tantum ei interdici alienandi facultatem, quamdiu alii matrimonii prioris liberi in vivis sunt. Sive enim dicas, superstitem binubum in proprietate non succedere, quamdiu primi thori proles extat, sive contra asseras, illum succedere in proprietatem, sed nullum habere aut exercere proprietatis, sed solius usufructus effectum, quamdiu prioris thori soboles superstes est, in verbis luditur; re ipsa interim conjux binubus nil præter usufructus emolumentum sentit, nec unquam ultra quid habiturus est, quamdiu existunt liberi, in quorum utilitatem hæc secundarum nuptiarum pœna inducta fuit. Unde & in *l. generaliter* 6. *C. de secund. nuptiis.* Imperatores ajunt, *dominium autem rerum, quæ liberis per hujus legis, vel præteritarum constitutionum auctoritatem servantur, ad liberos pertinere decernimus.* Quæ sane verba apertiora sunt, quam ut ipsi conjugi binubo dominium asseratur. Confer varie sentientes, Fachineum *controversiar. libr.* 3. *cap.* 63. D. Joannem a Someren *de jure novercar. cap.* 13. *n.* 4. Abr. a Wesel *ad novellas constitut. Ultraject. d. artic.* 11. *num.* 70. *& seqq.*

104. Quibus autem in casibus ademta est conjugi binubo vel binubæ proprietas secundum jam exposita, cedit ea æqualiter liberis prioris thori; adeo ut conjux binubus non possit ex jure novissimo per dispositionem suam gratificari uni alterive ex prioris matrimonii liberis quantum ad proprietatem eorum, quæ a conjuge prædefuncto profecta sunt; licet id anteriori jure ei permissum esset: nam cum omnes liberi æqualiter læsi sint, fas quoque fuit, eos hujus pœnæ æqualiter participes esse, & æquale læsionis solatium sentire, *d. l. fœmina C. de secund. nuptiis*, junct. *authent. lucrum hoc C. eod. tit. novell.* 22. *cap. venient autem* 25. Si tamen non secundas, sed tertias quartasve nuptias contractas ponas, non omnia a prioribus profecta conjugibus, aut ex intestata liberorum successione ad superstitem devoluta promiscue omnibus priorum nuptiarum liberis applicanda sunt; sed unaquæque soboles ad proprii sui parentis propriive fratris patrimonium, quod superstiti cesserat parenti, & ob repetitas ab eo nuptias anteriorum nuptiarum progeniei servandum fuit, venire debet, *d. novell.* 22. *cap. nec illud quoque* 29. *in pr.*

105. De cætero, non interest, utrum liberi prioris matrimonii parenti prædefuncto heredes extiterint, an vero ab ejus abstinuerint hereditate; legato dato contenti, vel etiam secundum quorundam mores filiæ, accepta dote, ulteriori renunciaverint parentum successioni, vel statuto exclusæ sint, eo quod successio, quæ ex testamento defertur, longe distat ab iis, quæ legis beneficio conjugi binubo in pœnam ademta, liberis prioris thori cedere jussa sint: dummodo non fuerint ob justam ingratitudinis causam a parentis prædefuncti successione exclusi, *d. novell.* 22. *cap. quoniam* 26. §. 1. *l. cum apertissime* 10. *& auth. heres, lucro C. de secundis nuptiis*, Mynsingerus *cent.* 5. *observat.* 24. *num.* 2. Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 98. *num.* 9. 10. Choppinus *ad leges Andium. libr.* 3. *cap.* 1. *tit.* 1. *num.* 8. Wesel *ad novellas constit. Ultraject. d. art.* 11. *num.* 112. *& ult.* Si tamen liberi primi thori ipsi parenti binubo vel binubæ heredes extiterint, magis est, ut pro ea parte, qua ei heredes sunt, vindicare nequeant ab extraneo possessore res a parente suo prædefuncto ad parentem ultimo superstitem ac binubum profectas, & ab eo in extraneum alienatas: cum certi juris sit, heredes pro ea parte, qua heredes sunt, de rebus alienis per defunctum alienatis obligari, & quos de evictione tenet actio, eosdem longe magis exceptione rei venditæ ac traditæ repellendos esse, *tit. ff. de exceptione rei vend. & tradita*, *l. cum a matre* 14. *C. de rei vindicat.* Abr. a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 11. *num.* 110. 111. qui tamen ibidem nimis generaliter, atque adeo imprudentius scripsit, *non aliter* per liberos *vindicari posse rem, quam cum heredes parentis non extiterint.* Etenim si vel ex parentibus inæqualibus heredes sint, vel una cum ipsis liberis extranei quoque, vel liberi alterius thori quibus hæc non cedunt, instituti inveniantur, ratio nulla est, cur non saltem ex rebus a suo parente prædefuncto ad binubum delatis, ac ab eo alienatis, eam tertio possessori avocarent partem, quæ hereditariam excedit portionem. Finge, primi matrimonii tres esse liberos, parenti vero binubo ex repetitis nuptiis tres alios esse natos, hosque sex æqualiter ab eo institutos, nihil utique oberit, quo minus sextam rei alienatæ partem vindicet unusquisque liberorum primi thori, dum singuli non pro tertia parte, quæ singulis ex re alienata cedere debet, sed tantum pro sexta, alienanti heredes sunt.

106. Similiter parum refert, num liberi prioris matrimonii sint primi, an ulterioris gradus, adeo ut hi quodam repræsentationis jure ad proprietatem superstiti binubo ademtam veniant, tantum habituri, quantum eorum parens, si vixisset, *d. novella* 22. *cap.* 26. §. 1. *d. l. cum apertissime* 10. *in med. C. de secund. nuptiis*, Mynsingerus *d. cent.* 5. *observ.* 24. *n.* 4. Quod si unus relictis ex se descendentibus, utrum tunc ad heredes extraneos pœnæ hujus persequendæ potestatem transmittat, incertum est. Vivo sane parente binubo, si mors filii primi thori intervenerit, non magis hujus pœnæ seu proprietatis persecutionem ad extraneos transmiserit successores, quam legatarius legati conditionalis spem, si pendente conditione in fata concedat, de quo *ad tit. quando dies legat. cedat.* Non minus enim suspensa est hujus pœnæ persecutio ex conditione incerta, si nempe liberi parenti binubo superstites sint, quam ex incerto pendet eventu legatum sub conditione datum; dum non nisi defuncto parente binubo liberis vindicandæ proprietatis copia per leges facta est, *d. l. generaliter* 5. *in medio principii C. de secund. nuptiis.* Atque hinc etiam de alienata per binubum proprietate talium rerum Imperator in *nov.* 2. *cap. hoc autem* 2. *& nov.* 22. *cap. sed quod* 24. *& cap. quoniam* 26. *in fine princ.* ait, alienationem interim in suspenso esse eo fere modo, quo & de rebus fideicommisso conditionali obnoxiis, & pendente conditione alienatis, definitio concepta est *in l. ult.* §. *sin autem* 3. *C. commun. de*

legatis, Hodierna *ad l. hac edictali* 6. *de secund. nupt. quaest.* 49. *num.* 29. & 30. Contra vero, si mortuo demum parente binubo liberi primi matrimonii fato fungantur. Cum enim jam ipsis illis liberis vindicandi potestas per binubi mortem nata sit, consequens est, ut jus illud proprietatis & vindicandi facultatem in quoscunque transmittant successores: eo modo, quo & petitio legati transit, ubi vivo legatario conditio exstitit; nec non persecutio quartae Divi Pii, ubi impubes adrogatus patri adrogatori supervixit, & decessit, antequam ei quarta soluta esset, *l. si adrogator* 22. *ff. de adoption.* Et de hoc casu, quo liberi post obitum parentis binubi adhuc superstites sunt, accipienda videntur, eoque restringenda, quae simpliciter de liberorum heredibus & successoribus alienatorum vindicationem habentibus Imperator proponit *in d. nov.* 22. *cap. sed quod* 24. Confer Hodiernam *ad l. hac edictali* 6. *Cod. de secundis nupt. quaest.* 46. Abr. a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 11. *num.* 113. & *seqq.*

107. Illud utique, uti in praecedente numero suppositum, ita quoque expeditum est, liberis omnibus prioris thori vivo binubo patre vel matre praemorientibus, cessare utramque hanc poenam, ac in rebus a priore conjuge directo vel ex successione intestata liberorum primi thori ad binubum delatis, plenissimam binubo vel binubae salvam esse alienandi facultatem, ratasque etiam manere alienationes, vivis prioris matrimonii liberis factas, *novell.* 2. *cap. hoc autem* 2. *novell.* 22. *cap. quoniam* 26. *d. l. foemina* 3. §. 1. *in fine Cod. de secundis nuptiis.* Diversum esset, si binubus aut binuba, morte conjugis superinducti vel superinductae superveniente, ad viduitatem iterum redigatur. Quamvis enim hoc quoque casu poenas hasce cessare contendat, Abrah. a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 11. *n.* 30. & *seqq.* refellens Menochium contra sentientem *lib.* 3. *consil.* 278. tamen debilior ejus argumentatio est, cum ait, poenae rationem esse secundum matrimonium; hoc autem viduitate superveniente sublatum esse; ac proinde sublatam quoque esse causam, quae legislatorem movit ad poenam secundas nuptias contrahentibus imponendam. Etenim vera poenarum harum ratio non in ipso secundo matrimonio est, sed, uti a me ante est expositum, in injuria ac praejudicio graviore, quod plerumque liberis prioris matrimonii per superinductionem vitrici aut novercae generatur: cumque haec damna ac praejudicia non cessent in universum, sed & post repetitam parentis binubi viduitatem perdurent, consequens est, ex nova viduitate non esse sublatam rationem, quae poenas tales secundis nuptiis proponi suasit. Eoque facit, quod alibi adstruitur, matrem ad secunda vota transeuntem, & ita a tutela legitima expulsam, non esse rursus admittendam ad administrationem tutelae liberorum primi thori, ubi vidua facta est.

108. Quo autem modo parens binubus aut binuba cavere debeat liberis prioris thori de proprietate mobilium; aut eo non cavente, quid tunc circa illa bona liberis permittendum sit, ac de quo per eos cavendum; quid denique, si nec parens binubus nec prioris thori liberi cautionem praestent, exponit aperte Imperator in *l. hac edictali* 6. §. 1. *C. de secundis nuptiis*, ac plenius exsequitur Abr. a Wesel *ad novellas constit. Ultraj. d. art.* 11. *n.* 53. & *seqq. ad n.* 65.

109. Porro dispositionem *d. l. foemina* 3. & *d. l. generaliter* 5. *Cod. de secundis nuptiis*, ac authenticarum ibi subjunctarum etiamnum in Hollandia observari, & effectum sortiri debere poenas ibidem propositas, decretum refert auctor appendicis decisionum, *post Responsa Jurisc. Holland. par.* 3. *vol.* 1. *pag.* 8. *vers. in, t visiteren*, & docet Groenewegen *ad d. l.* 7. *C. de secund. nuptiis*, variar addens limitationes ex communiore Doctore veterum opinione; quibus tamen omnibus non esse deferendum, patebit ex iis, quae in fine hujus tituli dicenda erunt, Ultrajecti quoque maxima ex parte hae poenae etiamnum servantur, imo per novellam decisionem Ultrajectinam *anni* 1659. *art.* 11. confirmatae sunt; eo excepto, quod ibi binubus aut binuba retinent, quicquid ex pactis dotalibus ipsis quaesitum est, uti & donum matutinum; quodque legitima tota parenti binubo salva est; secundum verba aperta *d. articuli* 11. & ibi notata ab Abrah. a Wesel *num.* 70. & *seqq.* & *num.* 80. & *seqq.* D. Joh. a Someren *de jure novercar. cap.* 13. *n.* 4. *in fine.*

110. Tertia nuptiarum secundarum poena est, quod binubus aut binuba (parem enim quantum ad hanc quoque poenam binubi ac binubae conditionem esse, probabilius, simulque frequentius receptum est, Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 3. *defin.* 2.) non possit conjugi secundo vel secundae plus donare actu inter vivos, vel ultima relinquere voluntate, quam uni ex liberis prioris matrimonii, cui nimium relictum est; &, si plus datum fuerit, hoc totum auferri debeat, ac aequaliter (non item pro rata parte, qua per parentem inubum instituti sunt, cum aequalis omnibus per nuptias secundas injuria facta intelligatur applicari solis prioris thori liberis; non tamen ingratis; uti nec illi, qui ex novissimo matrimonio procreati sunt, *d. l. hac edictali* 6. *C. de secundis nuptiis*, *nov.* 22. *cap. optime vero nobis* 27. *per tot.* (abrogata dispositione *l. quoniam praeterita* 9. *Cod. eod. tit.* quae omnibus tum primum secundi matrimonii liberis aequaliter addicebat ea, quae conjugi secundae, tanquam ultra modum data, adimenda erant) nec denique ipsi secundae conjugi pro portione virili, arg. *d. l.* 6. *C. de secund. nupt.* vers. *sin vero plus*, & *d. nov.* 22. *cap.* 27. *in med.* vers. & *hoc decernens.* In quo portio filialis secundae conjugis a liberorum portione diversa est, ut notat Fachineus *controvers. lib.* 3. *cap.* 69. Adde Neostadium *de pactis antenupt. observ.* 4. *in notis in fine.* Quod si non soli filii prioris thori, verum etiam ex filiis praemortuis nepotes sint, hos jure repraesentationis tantam ex ademtis novissimo conjugi portionem percipere placuit, quantam parens intermedius praedefunctus habuisset, si vixisset, *dist. nov.* 22. *cap. venient autem* 25. & *cap.* 27. Sed &, si soli ex primis nuptiis nepotes supersint, poenae huic ita locus erit, ut, quod supra modum relictum apparet, non viritim sed in stirpes divisum, nepotibus cedat eo modo, quo & ab intestato ad avitam veniunt hereditatem, arg. *d. nov.* 22. *cap.* 27. *l. in quibus* 7. *l. si quis prioris* 8. *in pr. Cod. de secundis nuptiis.* Plane, si non secundas, sed tertias aut quartas nuptias quis contraxerit, & quartae conjugi quid contra sententiam *d. legis* 6. donatum, aut relictum voluerit, quicquid ita conjugi quartae ademtum fuerit, tanquam neque datum, neque relictum, id inter omnes non primi tantum, sed & secundi tertiique

matrimonii liberos æqualiter dividendum erit, cum æqualiter his omnibus per quartum conjugium læsio illata sit; adeoque generaliter acquiretur liberis omnibus præter eos, qui ex postremo matrimonio, seu ex ipso conjuge nimium honorato, nati sunt; quod non obscure præcipere videtur Imperator, dum non *primi*, sed generalius *prioris matrimonii* mentionem habens, constituit: *si ex priore matrimonio procreatis liberis, pater materve ad secunda, vel tertia, aut ulterius repetiti matrimonii vota migravit, non sit ei licentia &c. d. l. 6. in pr. C. de secund. nuptiis*. Quibus similia traduntur in *d. novell.* 22. *cap.* 25. ubi lucra talia *ad filios omnes ex prioribus nuptiis* dicuntur venire. Hodierna *ad l. hac edictali* 6. *od. de secundis nuptiis, quæst.* 40. Abah. a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 10. *num.* 74.

111. Licet autem id, quod conjugi secundo vel secundæ ademtum, tanquam supra modum datum vel legatum, & ita prioris matrimonii liberis acquisitum est, ipsis in legitimam haud imputandum sit; (ut dictum *tit. de inoff. testamento*) tamen si parens binubus uni ex liberis prioris matrimonii minus reliquerit quam legitimam, placuit nonnullis, ex eo, quod conjugi secundo ademtum est, suppleri prius oportere legitimam ei, cui minus relictum fuerat, deinde id, quod superest æqualiter inter priorum nuptiarum liberos dividendum esse, D. Johannes a Someren, *de noverc. cap.* 11. *sect.* 2. *n.* 5. Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 10. *n.* 106. *post med.* Sed si penitius perpendatur, lucrum hoc, quod conjugi secundo adimitur, liberis prioris matrimonii æqualiter cedere, licet ex partibus inæqualibus parenti binubo heredes sint, adeoque non jure quodam accrescendi aut successionis, sed velut adventitium aliquod lucrum, uti post alios ipse ait Wesel *d. art.* 10. *n.* 72. supplementum vero legitimæ singulis debere decedere heredibus pro rata parte qua heredes sunt, nec tantum liberis prioris thori, sed & postremi matrimonii, quatenus illi heredes sunt, quin etiam extraneo, si liberis institutis extraneus heres permixtus sit; dum generaliter *heredibus* hoc supplendi onus a Justiniano, convenienter anterioribus legibus, impositum est, *nov.* 115. *cap. hac autem* 5. *in pr.* (adde *tit. de inoff. testam. n.* 70.) rectius forte fuerit, ne ad supplementum quidem legitimæ unius ex liberis quicquam deduci ex eo, quod supra modum conjugi secundo datum est; sed id totum inter solos primi thori liberos æqualiter distribui, nulla parte diminutum.

112. Neque privandi erunt hoc lucro liberi prioris thori ex eo, quod parentis binubi hereditatem adierint ex testamento; cum hoc lucrum ex legis beneficio in solatium injuriæ ac læsionis per repetitas nuptias illatæ liberis prioris thori addictum sit, ac proinde non minus percipi debeat, non obstante aditione, quam quarta Falcidia aut Trebellianica, ubi ultra dodrantem heredes legatis aut fideicommissis gravati sunt, D. Joh. a Someren *de jure novercar. cap.* 11. *sect.* 2. *num.* 7. Ant. Matthæus *disput. selectarum* 3. *ad l.* 14. *C. de rei vindic. thesi* 19. Wissenbach *ad d. l.* 14. . *de rei vindicat. in fine.* Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 11. *num,* 109. Et quamvis verum sit, jure novo testatorem nominatim prohibere posse Falcidiæ ac Trebellianicæ detractionem, atque etiam pacisci cum herede futuro, ne legis Falcidiæ beneficio utatur, *novell.* 1. *cap. hinc nobis* 2. *in fine*, abrogato hactenus jure veteri, quod est in *l. quod bonis* 15. §. *frater* 1. & *l. Sejus & Agerius* 27. *ff. ad leg. Falcid.* tamen neque prohibitio parentis binubi, neque enixa petitio ejus, nec denique expressa liberorum primi thori facta vivo parenti binubo promissio, de non minuendo vel auferendo eo, quod supra modum secundæ conjugi donatum aut relictum est, impediet detractionem ejus, quod contra *d. legis hac edictali* 6. *C. de secund. nupt.* dispositionem datum probabitur; cum nuspiam illa prohibendi potestas parenti binubo concessa inveniatur, adeoque locum habeat illud, *privatorum cautione legibus non esse refragandum d. l.* 15. §. 1. *ff. ad leg. Falcid.* ut &, *neminem in suo testamento posse cavere, ne leges in suo testamento locum habeant, l. nemo potest* 55. *ff. de legatis* 1. Non obstante, quod jure novo Falcidiæ deductionem testator heredi recte interdicit: cum diversitatis ratio in eo sit, quod lex Falcidia ipsorum testatorum gratia concepta est, *pr. Instit. de lege Falcid.* qui proinde sic juri pro se introducto renunciare intelliguntur. Hæc vero secundarum nuptiarum pœna non in ipsius binubi favorem, sed tantum liberorum thori utilitatem ac solatium est promulgata; atque ita fieret, ut parens binubus contra generalia juris principia non suo, sed liberorum renunciaret favori.

113. Non etiam liberi primi matrimonii hoc commodo per leges concesso fraudandi per id, quod donario immoderata, in conjugem secundam a binubo inter vivos irrevocabiliter collata, mutuo donantis ac donatarii consensu iterum resoluta sit; cum ipsa donatione perfecta jam tum in legem peccatum, ac proinde spes pœnæ suo tempore persequendæ jam nata fuerit, nec contractus aut negotia inter duos gesta resolvi possint, quoties inde jus tertio jam quæsitum est, Barry *de successsion. lib.* 1. *tit.* 9. *num.* 34. *in fine.* Confer *tit. de lege commissor. num.* 24. *in pr.* & *tit. de rescind. vend. num.* 1. Et hanc sententiam non parum adjuvat, quod a pluribus, ac merito, traditum, cedere etiam debere liberis prioris thori id, quod a parente binubo inter vivos irrevocabiliter secundæ conjugi contra legem donatum est, ubi pater donans non solvendo factus moritur; exclusis donantis creditoribus, qui vel ante, vel post donationem crediderunt, si modo non sit facta immodica donatio in fraudem creditorum donatione antiquiorum. Nam cum, liberis prioris matrimonii non existentibus, donata penes secundam mansissent conjugem, nec unquam ad donantis rediissent creditores, iniquum esset, id, quod liberorum favore conjugi secundæ adimitur, non in ipsorum liberorum, sed creditorum converti utilitatem: sed contra justum, lucrum illud, quod alicui aufertur, applicari ei, cujus contemplatione ablatum est. Ita post Ant. Fabrum *C. lib.* 5. *t.* 5. *defin.* 11. Hodiernam *ad l. hac edictali* 6. *C. de secund. nupt. quæst.* 48. Fontanellam *de pactis antenupt. claus.* 5. *gloss.* 8. *par.* 4. *num.* 6. aliosque, Abrahamus a Wesel *ad novel. constit. Ultraject. art.* 10. *num.* 72.

114. Simili modo liberis prioris thori nociturum non est, quod conjux, cui plus legatum, aut titulo institutionis relictum est, quam per legem licet, relicta repudiet, ut illa tanquam caduca vel apud liberos secundi matrimonii, forte maxima ex parte institutos, vel apud heredes extraneos remanerent; cum

liberi primi thori non nisi in legitima instituti essent. Cum enim statim a morte parentis binubi liberis primi thori quaesitum sit ex legis dispositione id, quod contra legem secundae conjugi relictum est, perinde ac si neque scriptum, neque relictum esset, *d. l.* 6. *in fin. princ.* vers. *sin vero plus Cod. de secund. nupt. d. nov.* 22. *cap.* 27. *in med.* vers. *& hoc decernens*, per supervenientem conjugis secundae repudiationem non potest ipsis adimi id, quod ex lege jam coepit personis liberorum delatum esse. Praeterquam quod ratione ejus, quod modum excedit, inutilis omnino censeri debet repudiatio, per conjugem secundum facta; dum frustra repudiatur, quod jure delatum non est, arg. *l. is qui heredes* 13. *ff. de acquir. vel omit. hered.* ac proprie ejus demum est nolle, qui potest velle, Barry *de success. lib.* 1. *t.* 9. *num.* 33. *in fine*, Joh. Papon *lib.* 15. *t.* 1. *arrest.* 9, D. Someren *de jure nover. cap.* 9. *sect.* 2. *num. ult.*

115. Denique ab hoc lucro parens binubus liberos primi thori non recte depulerit per id, quod in iis, quae supra modum secundae conjugi testamento relicta sunt, substitutum dederit, D. Joh. a Someren *de jure novercar. cap.* 9. *sect.* 2. *num. ult. in fine*, sive extraneum substituerit in parte immoderata, sive liberos secundi thori. Cum enim usque adeo id, quod modum excedit, liberis primi thori aequaliter cedere debeat, ut nec liberi secundi matrimonii in id concurrere debuerint, *d. nov.* 22. *cap.* 27. vers. *namque ex secundis d. l.* 6. *Cod. de secund. nupt.* vers. *sin vero plus*, non potest non intelligi in fraudem legis id parentis binubi testamento cautum esse, ut portionem excedentem, liberis prioris thori per leges addictam, substitutionis jure perciperent, qui ex matrimonio posteriore nati sunt. Sande *decis. Fris. lib.* 2. *t.* 3. *defin.* 7. vers. *verum ego*, Hodierna *ad l. hac edictali* 6. *Cod. de secund. nupt. qu.* 28. Joh. Papon *lib.* 15. *t.* 1. *arrest.* 9. Abrah. a Wesel *ad nov. constit. Ultraject. art.* 10. *n.* 128. 129.

116. Usque adeo autem vetitum plus conferre in secundum conjugem, quam in eum ex liberis primi matrimonii, cui minimum datum est, ut ne per interpositas quidem personas id permissum sit, *d. novell.* 22. *cap.* 27. post verb. *namque ex secundis*, *l.* 6. *in fine principii Cod. de secundis nuptiis.* Unde si conjux binubus in testamento suo jusserit executori supremae voluntatis suae erogare certam pecuniae quantitatem in tales usus, quos ei secreto exposuit, & liberi prioris matrimonii suspicentur, eam pecuniam novercae vel vitrico cessuram in fraudem legis, potest executor cogi ad id, ut juret, non in eos usus se rogatum esse, arg. *l. Lucius Titius* 123. §. 1. *ff. de legatis* 1. junct. *l. Theopompus* 14. *ff. de dote praelegata.* Quae prolixius exsequitur D. Joh. a Someren *de jure nover. c.* 9. *sect.* 1. *n. ult.* & utrimque more suo discutit Annaeus Robertus *rerum judicat. l.* 1. *c.* 3.

117. His etiam consequens esse volunt, novercam habentem liberos prioris thori non posse plus donare vel legare vel titulo dotis conferre privignis suis, quam ipsi marito suo potuisset secundum *d. l.* 6. largiri; idemque in vitrico juris esse, arg. *l. hac ratio* 3. §. 2. 4. *& seqq. ff. de donat inter vir. & uxor.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 49. *& par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 12. *num.* 13. Wesel *ad d. art.* 10. *num.* 122. aliique ab eo citati. Quamvis mihi magis arrideant, quae a D. Johanne a Someren hac in parte fuere tradita, quoties non nominatim aliud statuto cautum reperitur; scilicet, non aliter liberalitatem, quae filialem excedit portionem, a noverca, prioris thori liberos habente, in privignum similesque personas collatam, irritam habendam esse, quam si probari, aut saltem apertissimis ex insidiis praesumi possit, solum privigni ministerium intervenisse ad id, ut ad patrem ejus a noverca pervenirent ea, quae supra modum donata sunt, adeoque per interpositam privigni personam re ipsa fraudem legi factam esse. Nam & cum donatio inter conjuges jure Romano fuisset usque adeo vetita, ut nec per interpositas posset personas fieri, tamen, si mater filio donasset, non aliter irrita erat in dubio donatio, quam si per filium, cui mater donabat, donatum patri jure patriae potestatis acquireretur, non item si vel patria deesset potestas, vel filiofamilias ad castra tendenti donasset, & ita donatum filio jure castrensis peculii quaereretur. Idemque in aliis pluribus facti speciebus usu venisse, docet latius Ulpianus in *l. hac ratio* 3. §. 2. 3. 4. 5. 6. 7. *ff. de donation. inter vir. & uxor.* D. Someren *de jure novercar. cap.* 9. *sect.* 2. *num.* 1. 2. Adde Fachineum *controver. lib.* 3. *cap.* 66.

118. Illud extra dubium est, privignum in gratiam novercae suae testari posse ita, ut longe majorem ei quam fratribus suis germanis portionem relinquat, vel etiam cum fratrum praeteritione eam ex asse heredem faciat. Cum enim liberis prioris thori liberum sit renunciare poenis secundarum nuptiarum, & ratas habere liberalitates immoderatas a parente binubo in conjugem secundam collatas, ut post dicetur; quid ni ipsi quoque eandem, tanquam honestam personam, fratribus possent germanis praeferre, etiam in bonis a praedefuncto parente profectis; dum non minus eorum, quam rerum aliarum ad se pertinentium liberi moderatores & arbitri sunt, nec ulla lege in gratiam novercae testari prohibentur.

119. Ipse quoque binubus ex vi *legis hac edictali* non impeditur plus relinquere liberis posterioris matrimonii, quam prioris; usque adeo, ut contenti esse debeant ex rigore juris liberi prioris thori, si legitima iis ex parentis binubi testamento salva sit; cum leges generales liberis non ultra prospexerint, nec in casum secundarum nuptiarum hac in parte aliud jure singulari cautum sit, sed tantum consilium parentibus binubis suggestum inveniatur, ut aequalitatem inter primi ac secundi matrimonii sobolem secundum parem servent affectionem, *nov.* 22. *cap. ult.* junct. *l. si totas* 5. *de inoff. donation.* Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 3. *defin.* 6. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 50. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 90. *quaest.* 3. *& par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 44. D. Joh. a Someren *de jure novercar. cap.* 9. *sect.* 2. *num.* 3. & plures ibidem citati. Hinc & ab eodem D. Joh. a Someren *de jure novercar. cap.* 3. *sect.* 1. *num.* 1. post Fachineum *controv. lib.* 3. *cap.* 66. aliosque observatum fuit, pacto quoque dotali, secundis nuptiis apposito, id agi posse, ut liberi sperati posterioris thori majorem ex parentis binubi hereditate partem capiant, quam qui ex priore matrimonio jam nati sunt, quoties non manifeste docetur, colorem quaesitum esse, & in fraudem legis id actum, ut per liberos posterioris thori ad conjugem secundam immoderata binubi liberalitas procedat, arg. *l. Sulpitius Marcello* 49. *ff. de donat. inter vir. & uxor.*

120. Cæterum rigidissima in portionem filialem imputatio fit; veluti, jocalium, doni matutini, doarii, & similium; quæ & ipsa pro rata diminuenda forent, si appareret, amplius quam filialem filii minime honorati portionem hisce contentam esse; eo quod hæc vel ante nuptias donationi, vel donationi mortis causa, merito assimilantur, quas supra modum fieri, interdictum est, *d. l. hac edictali* 6. *in princ. C. de secund. nuptiis*, D. Someren *de jure novercar cap.* 3. *num.* 5. *& cap.* 11. *sect.* 1. *num.* 1. Abr. a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 1. *num.* 91. *& seqq.* Sed &, quod obtentu liberalitatis remuneratoriæ donatum aut reciproce legatum fuerit, imputandum est, quoties modum *d. lege* 6. præscriptum excedit, Sande *decis. Fris. lib.* 2. *tit.* 3. *defin.* 4. *in fine*, Argentræus *ad consuetud. Britann. art.* 121. *gloss.* 3. *num.* 3. Ant. Matthæus *de matrimonio disput.* 6. *thes.* 16. Wesel *d. art.* 10. *num.* 51. Usumfructum quoque bonorum omnium secundæ conjugi a binubo relictum subjacere dispositioni *d. legis sextæ*, *dictum fuit tit. de usufructu num.* 14. *in fine*, adeo ut probato excessu, secundum computationem *l. computationi* 68. *ff. ad leg. Falcid.* liberi prioris thori possint loco usufructus offerre tantam portionem, quanta cessit ei ex liberis prioris matrimonii, cui minimum datum est. Secus, si docere nequeant, juxta prædictam computationem plus in usufructu quam filiali portione esse: quippe quo casu vitricum novercamve non possent invitam depellere e jure fruendi, portione filiali oblata, Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 41. *q.* 2. Quin imo, si conjugi secundæ tantum usufructus bonorum, quæ secundi thori liberis cessura sunt, relictus fuerit, & adhibita superiore computatione deprehendatur, plus eo contineri, quam in illis, quæ uni ex liberis prioris thori data sunt, veluti, si unico prioris matrimonii filio legitima sola relicta sit, undecumque liberi posteriorum nuptiarum ad nudam vocentur reliquorum proprietatem, mater vero eorum ad usumfructum, adhuc dispositioni *d. legis* 6. locum fore arbitror, liberumque filio primi thori avocare ex usufructu id omne, quod legitimam sibi datam excedit. Licet enim verum sit, per dispositionem *d. legis* 6. non impediri, quo minus conjuges sibi reciprocum usumfructum legent, Someren *de jure novercar. cap.* 9. *num.* 4. tamen id non ultra procedit, quam quatenus nulla *d. leg.* 6. fraus fit. Nisi insuper secundæ conjugi, fructuariæ constitutæ, onus alendi liberos secundi thori impositum sit: quippe quo casu vix est, ut termini habiles fraudi *d. leg.* factæ inveniantur.

121. De usufructu dicta eodem modo sese habent, si conjugi secundæ per binubum loco filialis portionis supellex omnis legata sit: nam & tunc liberis prioris thori contendere licet, plus, quam filialem portionem, supellectilis legato comprehensum esse; ad eum effectum, ut supellex per peritos æstimetur rerum æstimatores, & liberis prioris thori reddatur, quicquid filialem superat portionem, Resp. Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 301.

122. Illud non satis expeditum est, an & commoda, quæ conjugi ex conjugis bonis obveniunt ex vi legis aut statuti, per *d. legem* 6. *de secund. nupt.* regi debeant, ac in filialem veniant portionem imputanda. Constat utique ex variorum locorum statutis, dissoluto per mortem matrimonio, superstitem aut ex communibus, aut ex propriis conjugis prædefuncti bonis nonnulla præcipere ante omnem hereditatis divisionem, veluti Ultrajecti, *Statuta* Ultraject. rubr. 24. in Saxonia, Carpzovius *defin. for. part.* 3. *constit.* 7. *per tot.* Hujuscemodi autem lucra neque per *dict. legem sextam* restringi, neque in filialem secundi aut secundæ conjugis portionem imputari oportere, quia nullatenus ex voluntate aut munificentia conjugis binubi, sed eo etiam invito ex mera legis dispositione obveniunt, aliquoties Ultrajecti judicatum refert post D. Johannem a Someren *de jure novercat. cap.* 11. *sect.* 1. *n.* 2. Abrahamus a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 10. *num.* 96. 97. Quod vero statutariam attinet bonorum omnium inter conjuges communionem, quam variis in regionibus probatam esse, supra monitum, in Hollandia quidem constanter receptum videtur, etiam inter binubum prioris thori liberos habentem, ac secundam conjugem, statutariam induci communionem, quoties simpliciter absque ullis pactis dotalibus matrimonium initur; adeo ut prorsus paupertina nubens binubo centum millia possidenti, protinus a nuptiis contractis quinquaginta millium domina efficiatur, atque insuper ex reliquis quinquaginta millibus mariti sui possit per supremum ejus elogium filialem convenienter *d. legi sextæ* portionem lucrari; idque ex eo fundamento, quia antiquior in Hollandia fuit statutaria communio, quam *dicta legis sextæ* comprobatio ac usus, Neostadius *de pactis antenupt. observ.* 4. *in notis.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurispr.* Holl. *lib.* 2. *cap.* 12. *n.* 4. Groenewegen *ad d. l.* 6. *C. de secund. nupt.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 13, *num. ult.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 43. 47. *&* 161. *q.* 2. *& part.* 2. *consil.* 80. *&* 301. ac pro hac opinione disputat D. Joh. a Someren *de jure novercar. cap.* 1. *n.* 1. Ant. Matthæus *paræmia* 2. *num.* 20. & *de criminib. lib.* 48. *tit.* 3. *de Adulterio cap.* 7. *num.* 24. sed si pacta dotalia in nuptiis intervenerint, placuit cessare omnino communionem, quatenus *d. legi sextæ* adversatur, non modo si per pacta dotalia a communione statutaria recessum fuerit, sed &, si communio universalis nominatim iis comprehensa sit; cum hoc ipso, quo communionem illam pacto conjuges complectuntur, non ex lege, sed conventione bonorum omnium medietas ad conjugem transeat, ex conventione autem non major portio conjugi secundæ ex bonis binubi possit acquiri, quam quanta est minima unius ex liberis primi thori, Jacobus Coren *observ.* 30. *n.* 27. *& seqq.* Groenewegen *ad d. l.* 6. *Cod. de secund. nupt. n.* 5. (licet de praxi contraria per Hollandiam scribat Ant. Matthæus; quoties idem pacto, quod statuto, circa communionem universalem cautum est, *de criminib. lib.* 48. *tit. de adulter. cap.* 7. *n.* 24. *circa med.* vers. *sane si conjuges conscriptis*). Et quamvis in Hollandia liberum vulgo conjugibus sit, exclusam pactis dotalibus communionem universalem iterum per testamentariam dispositionem reducere, pactisque derogare, tamen in præjudicium liberorum primi thori talis reductio communionis admissa non est; quippe jam non statuto, sed judicio supremo originem debens, Neostadius *de pactis antenupt. observ.* 4. *in notis*, *n.* 3. vers. *quod & haud.* Sed ex adverso facilius ea, quæ ab initio per matrimonium inducta erat, excludi stante matrimonio pot-

est in favorem liberorum matrimonii anterioris: nam si binubus ab initio sine pactis dotalibus uxorem duxerit, atque ita induxerit communionem, deinceps autem una cum uxore secunda per testamentum postea conditum in aliquo tertio contrarietur isti communioni per statutum inductæ, ac ab ea recedat, ne tunc quidem secundam conjugem ultra filialem portionem ex bonis mariti binubi capere posse, responsum est, Resp. Jurec. Holl. *par.* 1. *consil.* 40. & merito; neque enim interest, utrum ab initio, an ex postfacto liberalitas immoderata non ex statuto, sed binubi voluntate ad conjugem secundam devolvatur.

123. Hæc ita in Hollandia, at Ultrajecti post varias fori disputationes tandem obtinuit atque decisum fuit, ne tum quidem, cum absque ullis pactis dotalibus in matrimonium binubus convenerit cum altera conjuge, statutariam communionem in præjudicium liberorum primi thori nasci, Novella decis. Ultrajectina anni 1659. *art.* 10. ibique Wesel. Plane & Ultrajecti & aliis in locis, in quibus simile jus invenitur vigere, nihil obstat, quo minus uxor secunda vi statutariæ communionis, si ea pacto exclusa non sit, tantam lucretur portionem ex bonis mariti sui, quanta cedit ei ex prioris thori liberis, cui minimum a patre datum est, quippe quam sententiam uti suadent verba dictæ decisionis Ultrajectinæ *art.* 10. ita & ratio dictat, dum id unum prospicit *d. l.* 6. *C. de secund. nuptiis*, ne immoderata in conjugem secundum aut secundam profusio fiat in detrimentum eorum, qui ex matrimonio priore nati sunt: nihil vero immoderati est, ubi ex statuti beneficio non major portio conjugi secundæ quæritur, quam minime honorato prioris thori filio obventura est; Abr. a Wesel *de connubial. bonorum societ. tract.* 1. *n.* 59. Simili modo neque in Hollandia, neque Ultrajecti, neque etiam aliis in locis, dispositionem *d. legis sextæ* rigidissime comprobantibus, statutaria omnium bonorum communio in secundis nuptiis exclusa censeri debet, quoties eam induci, liberis primi thori utile est; dum forte binubus decem millia tenens ac duos prioris thori liberos habens, eam ducit, quæ centum millium censum possidet: ne alioquin id, quod in favorem liberorum primi thori constitutum est contra *l. quod favore* 6. *C. de legibus*, *l. nulla juris* 25. *ff. eod. tit.* Quin imo, si Ultrajecti binubus opulentior sine pactis dotalibus duxerit minus dotatam, & stante secundo matrimonio omnes decedant liberi prioris thori, mox inter conjuges hosce statutariam nasci communionem, vix dubium esse potest; cum jam e medio sublati sint omnes illi, quorum existentia sola impedimento erat, quo minus statutariæ communioni ex nuptiis locus esset.

124. Sola quoque quæstuum stante matrimonio secundo obvenientium communio per dispositionem *d. legis* 6. remota non est; sed vel pacto dotali induci potest, vel vi statuti inducta intelligi debet, quoties pacto dotali nominatim semota non est; utcunque liberis prioris matrimonii ea ratione longe minus, quam conjugi secundæ cedat, & fructus omnium bonorum conjugis binubi illa quæstuum communione comprehensi sint. Quæ adeo vera, ut neque fructus tales, neque ullum aliud lucrum ex industria ac labore conjugum proveniens, in filialem debeant portionem imputari, sed præter quæstuum omnium partem dimidiam filialis insuper portio conjugi secundæ possit ex pacto dotali, aliove legitimo modo obvenire. Cum enim industria, labore, parsimonia ac cura communi conjugis utriusque patrimonium stante matrimonio secundo incrementum acceperit, justum ac æquum est, utrique id conjugi æqualiter jure quodam societatis acquiri, nec liberis prioris matrimonii injuria videri potest illata, quod singuli non æque participent de lucro, cui causam non præbuerunt, atque quidem participat vitricus aut noverca, cujus industria opes adauctæ sunt: neque ulla invidia est, quod conjugis secundi industria ac labore, adeoque occasione conquisitum pro parte est, hoc ad eum quoque pro parte reverti, arg. 1. *Instit. per quas personas cuique acquiritur*, Christinæus *vol.* 1. *decis.* 271. *n.* 12. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 48. D. Someren *de jure novercar. cap.* 5. *n.* 5. & 4. Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 10. *num.* 103. Diversum foret, si conjux binubus conjugi secundæ post contractas nuptias suam quoque propriam cederet acquæstuum medietatem, seu acquæstui jam parto vel adhuc sperato renunciaret; cum ita non tam non utatur conditione acquirendi quam potius abdicet vere jus sibi ex nuptiis ad acquæstuum medietatem re ipsa quæsitum, arg. *l. hæc ratio* 3. §. *ult. ff. de donat. inter vir. & uxor.* cujus juris quæsiti efficacia dominium rerum sub acquæstu contentarum ipso jure conjugi utrique pro semisse adjicitur, nec communicatione per acquirentem facienda opus est, Neostadius *de pactis antenupt. observ.* 4. *in notis*, *num.* 3. *vers. & licet mulier*, Herbajus *rer. quotid. cap.* 17. D. Someren *de jure novercar. cap.* 9. *n.* 2. Abr. a Wesel *ad d. art.* 10. *n.* 55. & *seqq.* Vix tamen est, ut eidem adstipuleris Abrahamo van Wesel, qui *ad novell. constit. Ultraject. d. art.* 10. *n.* 53. & *seqq.* existimat, etiam pactis antenuptialibus inter binubum & futuram conjugem secundam, aut inter binubam & maritum ejus secundum id agi non posse, ut quæstus omnis stante secundo matrimonio ad solum conjugem secundum pertineat, adeoque binubus aut binuba ante nuptias renunciet acquæstuum medietati. Aliter enim procul dubio judicaverit, quisquis consideraet, apud ipsos Romanos, auctores *d. legis sextæ*, & ipso tempore ejusdem legis, ita frequentatum fuisse, ut maritus accepta dote omnia sustineret onera matrimonii, ac sibi soli reservaret quicquid stante matrimonio lucrifactum esset, ac vicissim de suo suppleret, quicquid ultra reditus patrimonii, & id quod ex quæstu atque industria obvenerat, ad sustinenda onera matrimonii erogatum appareret; de cætero mulieri dos sua salva esset. Proinde si vidua liberos habens prioris thori marito secundo sese sociasset, amplamque ei contulisset dotem, unde maritus ad rem attentior non leviter suum stante matrimonio augebat censum, totum illud lucrum penes solum remanebat maritum secundum, eique uxor binuba amplius ex propriis bonis filialem potuit addere portionem, nulla hic interdicente *d. legis sextæ*, vel alterius constitutionis prohibitione. Hanc vero juris Romani dispositionem etiam moribus hodiernis per pacta dotalia reduci atque confirmari posse, ut nempe mulieri dos sua salva sit, & lucrum omne damnumque stante matrimonio superveniens ad maritum

spectet, jam ante in *tit. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contrah. n.* 20. *in fine* adnotatum est, ac *tit. de pactis dotal.* latius dicetur. Et sane, non est quod donationem appelles, ubi quis medietati quæstuum eo renunciat tempore, quo necdum nuptiæ, adeoque nec jus ex nuptiis ad medietatem acquæstuum natum fuit, nisi & donationem dixeris, ubi pactis dotalibus, inter opulentam ac paupertinum initis, id agitur, ut statutaria bonorum communio exclusa sit; cum tamen tali pacto communionem excludente lucrum certo certius ex primo nuptiarum momento acquirendum abdicetur; dum ex adverso per pactum continens renunciationem medietatis acquæstuum tanto ab incerto lucro abstinetur, & sæpe non commodum omittitur, sed declinatur damni participium, quod alioquin conjugi utrique commune, utrumque gravaret. Quin potius meliori jure dixeris, id omne, quod vi talis pacti, continentis renunciationem medietatis acquæstuum, ad conjugem secundum pervenit, solummodo periculi pretium esse, dum incertam damni, stante matrimonio supervenire valentis, aleam solus subit, arg. *l. periculi pretium* 5. *ff. de nautico fænore*. Si instando roges cum Weselio, an non in manifestam legis fraudem factum censeatur, si in familia erciscunda noverca, virtute pactorum dotalium, ea bona sibi soli vindicet, quæ pater binubus, stante secundo matrimonio, labore suo improbo atque indefesso conquisivit, dum illa, mollicella forte, otiosam ætatem & quietam, curis vacua, & in utramvis aurem dormiens, traduxit; respondeo, iniquum illud omnino futurum, si non vicissim eadem noverca, diligens licet atque parca rei œconomicæ curatrix, virtute pactorum dotalium, de suo tantum præstare deberet, quicquid in œconomiam supra proventus annuos erogatum fuit; dum binubus non bonæ frugi, & ad prodigendum, quam quærendum, magis aptus, otio luxuque dissipat longe plura, quam vires redituum quæstuumque patiuntur. Si exaggerando rogare pergas, licitumne sit matri intemperanti, quæ sorte centies mille in bonis habet, homini otioso secundo nubenti; horum reditus ex sua ipsius substantia obvenientes, quos supra expensas, in œconomiam erogandas, annuatim superlucrari potest, connubiali instrumento, novo marito adjicere; ac nihil proponi putes, cur non dicatur pauperior, quæ in erciscunda familia non habet id quod citra pactum illud gratificatorium indubie habitura fuisset, arg. *l. si quod mihi* 56. *ff. de donat. inter vir. & uxor.* ajo ego, neque in *d. l.* 56. neque in tota illa interrogatione quicquam proponi, quod facti illius arguat iniquitatem, ubi maritus, cui illa centum millia per binubam in dotem dantur, simul onera matrimonii inde sustinere vi pacti dotalis in se receperit, nisi omnia Romanorum, bene dotatas ducentium, & ex dote onera subeuntium, ac superlucrata sibi retinentium, nuptias iniquitatis arguendas censeas. Sed & liceat mihi vicissim rogare, num licitum sit matri intemperanti, quæ forte ducenties mille in bonis habet, ac homini otioso pauperique iterato nubit, pactis dotalibus id agere, ut stante secundo hoc matrimonio damni lucrique, seu quæstuum inter se maritumque communio sit? Si id permissum fatearis, nec inficias ire possis, quin ea ratione ex superlucratis longe plus quam filialis portio marito secundo, otioso licet, & tantum fruges consumere nato, adjici queat; intelliges quoque, iniquum haud esse, quod vi pacti dotalis, qui lucri incerti spes omnis cum damni imminentis metu in conjugem secundum ex asse transfertur, ille supra filialem lucratur portionem. Quid enim, quæso, refert, utrum maritus paupertinus & otiosus ex ducentis millibus lucretur dimidium, an ex centum millibus lucrifaciat totum, quod ex reditibus post deductas œconomiæ impensas superesse potest? utroque certe in casu acquirit vel lucrari saltem valet id, quod filialem excedit portionem, nec ratio apparet, cur magis uno, quam altero in casu id justum sit. Et in hanc sententiam aliquoties judicatum refert Charondas *respons. lib.* 9. *cap.* 59. Porro non alienum ab hoc loco fuerit, notabilem addere facti speciem. Pacto nempe antenuptiali inter viduam, prioris thori liberos habentem, & secundum maritum ejus, id actum fuit, ut stante hoc secundo matrimonio communio acquæstuum, seu lucri & damni esset; cui tamen mox alia pactio addita, qua binuba servavit sibi omni tempore & heredibus suis intra sex septimanas, a morte sua computandas, electionem, utrum lucri & damni, stante matrimonio contingentis, particeps esse velit, an absque ullo lucri aut damni participio bona sua, quæ intulit, salva habere. Anno nondum præterlapso, ipsa testamento declarat, se omnino damni lucrique evenientis participem esse velle, ac in ea voluntatis declaratione ad vitæ finem perseverat. Cumque difficillimis hisce temporibus apparuisset, plus damni quam lucri, stante secundo hocce matrimonio, conjugibus supervenisse, indeque tutores liberorum primi thori contenderent, declarationem illam de participando lucro, & damno incurrere in prohibitionem legis *hac edictali* 6. *C. de secundis nuptiis*, adeoque damnum omne, quod stante matrimonio secundo conjuges perpessi erant, soli marito secundo vellent imputatum, unanimi consensu clarissimus Collega Gerardus Noodt & consultissimus causarum patronus Didericus a Berendecht una mecum arbitri electi, censuerunt, nihil a binuba per talem electionem contra d. legem 6. peccatum fuisse. Cum enim ab initio expresse pacto dotali cautum fuisset jure licito, nec unquam in Hollandia in dubium revocato, ut lucri & damni stante matrimonio secundo contingentis communio esset, subsecuta per binubam stante matrimonio secundo declaratio, qua lucri damnique communionem amplectebatur, nullum jus novum marito secundo adjecit; sed tantum pacti dotalis recte interpositi simplicem complexa fuit confirmationem. Nec est, quod dicatur, binubam, jam sentientem, aut certe præsagientem, damnum stantem matrimonio superventurum esse, eligere debuisse, res suas sibi salvas restitui; at nunc eligentem damni lucrique communionem, aperte prioris thori liberis nocuisse, quibus alia potuisset prodesse electione. Non enim hic quæritur, quo modo prioris thori liberis maxime prodesse potuerit atque consulere; sed potius id unum, an non liberam habuerit facultatem eligendi arbitrio suo alterutrum ex alternativis pacto dotali contentis. Et sane, si lucro posito, teneretur necessario eligere lucri & damni communionem; damno vero posito, deberet necessario ad id recurrere, ut desideraret, salva sibi restitui bona sua, intelligi non potest, qua id ratione cum electionis natura consistere posset; dum o-

mnis electionem habens ex duobus propositis unum suo arbitratu, liberaque voluntate amplectitur, qui, si necessario unum amplecti cogatur, nec alterius eligendi arbitrium habeat, destitueretur in universum effectu pactionis electionem continentis, sublata scilicet tota electionis natura, ac substantia ejus eversa; cui consequens esset, ut totum electionis pactum sine effectu, adeoque inutile prorsus esset, dum nulla eligendi potestas foret: ubi vero ea ratione inutile est electionis pactum, non aliud superest, quam ut præcedens apertum licitumque de damni & lucri communione pactum dotale plenissimum sortiatur effectum, nulla quippe pactione posteriore efficace imminutum aut coarctatum. Ne dicam, tunc, non electionis pactum tabulis dotalibus concipiendum fuisse; sed potius aliud, ut nempe damno eveniente salvam haberet binuba dotem suam; lucro superveniente, lucri particeps efficeretur: quod factum aut pactum non est. Quibus accedit, quod lex *hac edictali*, prohibet quidem, ne plus ex bonis binubæ quocunque titulo perveniat ad secundum conjugem, quam acquiritur ei ex liberis primi matrimonii, cui minimum relictum est; sed in facti nostri specie haudquaquam id contigit; cum binuba, maritum una cum liberis omnibus in filiali portione instituens, non magis liberos primi thori gravaverit onere æris alieni, quam maritum pro filiali portione heredem, damni stante matrimonio evenientis semissem primo ex proprio capite subeuntem, ac dein virilem semissis alterius partem cum cæteris tum primi tum secundi matrimonii liberis, coheredibus suis. Neque binuba declaratione tali quicquam de patrimonio suo videri potest in secundum transtulisse maritum; sed solummodo id unum egit, ne ex mariti secundi patrimonio tantum lucretur, quantum lucrari potuisset, si lucri & damni communionem non elegisset: ingentem inter alienationem patrimoniique sui diminutionem, & inter omissionem seu non usum conditionis acquirendi differentiam esse, notissimi juris est. Sic enim in fraudem creditorum alienare non intelligitur, qui non id agit, ut diminuat patrimonium, sed id tantum ne locupletetur; dum, verbi gratia, non implet conditionem stipulationi vel legato appositam; qua impleta obtinere posset, quæ legata vel stipulanti promissa sunt, dum repudiat delatam sibi hereditatem, vel legatum sibi relictum; dum filium emancipat, ne per filiumfamilias acquirat delatam ei hereditatem, *l. quod autem* 6. *pr.* & §. 1. 2. 3. 4. *ff. quæ in fraud. credit. facta.* Sed &, cum donatio inter conjuges esset vetita, maritus in prohibitam non intelligebatur incidisse donationem, si hereditatem, vel legatum sibi delatum repudiaret, & ea hereditas illudve legatum sic repudiatum ad uxorem perveniret jure substitutionis, aut successionis intestatæ, aut caducitatis; non alio iterum fundamento, quam quia repudiando nihil de patrimonio suo deponit, sed tantum non acquirit, *l. si sponsus* 5. §. *si maritus* 13. & *seqq. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Similique ratione in nostro casu potuisset quidem binuba electione facta, ut res suas sibi salvas haberet, plus lucrata fuisse ex patrimonio mariti sui, dum ita onus omne æris alieni a se avertisset in universum in caput mariti sui, cujus dimidium ex præcedente pacto ferre debuerat; sed onus illud omne jam non avertendo a se, sed pro semisse subeundo, per electionem a se factam, nihil de suo in maritum alienat; sed id unice agit, ne ex mariti bonis lucrifaciat, quod ad æris alieni solutionem pro semisse faciendam sufficiat; adeoque, ne jam maritus de suo pro ipsa solvat, quod ipsa vi pacti dotalis præcedentis solvere de suo obligata erat. Facit huc *l. si unus ex argentariis* 27. §. *pactus ne peteret* 2. *ferre in fine ff. de pactis.*

125. Sciendum vero est, non profuturum secundo vel secundæ conjugi ad obtinendam vel retinendam portionem majorem, quod docere possit, liberis prioris matrimonii a parente binubo plus esse assignatum in vicem patrimonii parentis prædefuncti, quam assignari debuerat. Cum enim assignata illa pleno dominii jure in prioris thori liberos translata sint, ac conjux binubus prohibeatur de suo plus relinquere secundæ conjugi, quam uni ex liberis prioris matrimonii, cui minimum relictum est, ac in eo æstimando patrimonium ejus inspiciendum sit, quod tempore mortis apparet; consequens est, ad augendam conjugis secundi vel secundæ portionem considerari non oportere ea, quæ per assignationem, ante nuptias secundas factam, ex ejus dominio excesserant ac potestate. Plane, si pactis dotalibus portionem filialem sibi conjux secunda ex bonis mariti sui binubi stipulata fuerit, ac post tale pactum interpositum, vel etiam jam contracto secundo matrimonio, immoderata assignatio bonorum parentis prædefuncti liberis prioris thori facta sit; justum fuerit, ejus quoque, quod supra modum assignatum, rationem haberi ad eum effectum, ut conjugi secundæ tantum ex liberalitate binubi acquiratur supra id, quod relictum ei ex liberis primi thori, cui minimum datum est; quantum singuli prioris matrimonii liberi ex eo, quod supra modum assignatum fuit, lucrati sunt. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 301. Confer Mævium *ad jus Lubecens. part.* 2. *tit.* 2. *art.* 33. *n.* 182. & *seqq.* Sicut enim prospiciendum fuit liberis prioris thori, ne quid immoderati capiat in eorum præjudicium vitricus aut noverca; ita etiam vice versa fraudandus non est ipse vitricus aut noverca in iis, quæ sibi non contra, sed secundum leges tabulis dotalibus pacta est. Unde &, si mulier binuba instrumento antenuptiali omnia bona sua marito secundo in dotem promiserit, cum jam sufficientem quantitatem liberis prioris matrimonii pro patrimonio paterno assignasset, non jure ante contractas nuptias amplius iisdem adjecerit, ut tanto minus ad maritum secundum dotis titulo transferretur; adeo ut maritus secundus vel actione Pauliana agere possit ac rescindendum illud augmentum, velut donationem, quæ in ipsius fraudem facta est, arg. *l. quod autem* 6. §. *simili* 11. junct. *l. ult.* §. 1. *ff. quæ in fraud. creditor. facta sunt ut restit.* vel etiam soluto matrimonio tantum deducere ex rebus mulieris, quanta est dimidia pars fructuum, qui stante matrimonio ex eo, quod in augmentum cessit, percipi potuissent, secundum ea, quæ tradit Neostadius *de pactis antenupt. obser.* 11. & latius *ad tit. soluto matrimonio* tractanda erunt, Vide Resp. Jurisc. Holl. *par.* 1 *consil.* 126. Quin &, si binubus in assignandis bonis maternis promiserit liberis primi thori quoddam familiæ instruendæ donativum (vulgo *een uytsettinge*), illud

quoque modum excedere non debet in præjudicium secundæ conjugis, sed viri boni arbitrio restringendum ad eam quantitatem, quam plerumque similis dignitatis, natalium, ac facultatum parentes suis liberis largiri solent, Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil*, 106. *qu.* 3. Idemque de similibus aliis judicium esto. Confer D. Joh. a Someren de *jure novercar. cap.* 4. *num.* 2. *& seqq.* & *ejusdem capitis sect.* 1. *n.* 2. 3.

126. Non etiam conjugi binubo permissum censeri debet, filialem portionem, uxori secundæ tabulis dotalibus pactam, per suum testamentum fideicommiso onerare, & ita cum effectu adimere, Carpzovius *defin. for. par.* 3. *constit.* 7. *defin.* 2. Denique nec filialem portionem, pacto antenuptiali datam, directo posset binubus diminuere secundæ conjugi, jubendo per suum testamentum, ut uxor legitima contenta sit, liberis reliqua hereditas æqualiter cedat. Quamvis enim inæquales liberis primi thori relinquendo portiones efficere possit ut nec uxor secunda ex vi pactorum dotalium plenam virilem (veluti positis quinque liberis sextam) hereditatis maritalis portionem consequatur; sed eo teneatur contenta esse, quod filio prioris matrimonii, minimam portionem habenti, obvenit, convenienter dictæ *legi* 6. *C. de secund. nuptiis*, Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 10. *num.* 81. 82. 83. ferendus tamen non est, si nihil detrahens portionibus liberorum singulorum ab intestato-debitis, uxori contra fidem tabulis dotalibus interpositam minus acquisitum vellet, quam ei ex liberis, cui minimum datum; cum utique leges ita consulant liberis prioris thori, ut novercam nolint melioris conditionis esse; nec tamen etiam deterioris conditionis esse jubeant, ubi non ex mutabili suprema voluntate, sed pactis dotalibus novercæ jus sine fraude ac læsione liberorum primi thori, per leges improbata, quæsitum est.

127. Constituenda est hæc portio filialis ex tota massa patrimonii conjugis binubi, non deducta prius legitima liberorum primi thori; licet multis antiquioribus contra placuerit, legitimam primo per liberos præcipiendam esse, at tum demum filialis portionis ineundam rationem, dum perperam crediderunt legitimam æris alieni loco oportere censeri, quo errore nunc discusso, vel ex eo solo, quod legitima bonorum pars sit, ac non nisi deducto ære alieno percipiatur, dum bona non nisi eo prius subducto intelliguntur, *l. Papinianus* 8. §. *quarta* 9. *ff. de inoff. testam.* junct. *l. subsignatum* 39. §. 1. *ff. de verb. signif.* consequens est, nullam prius ex bonis binubi fieri oportere legitimæ deductionem maxime, cum nihil aliud dicta *lege hac edictali* 6. in favorem liberorum primi thori provisum fuerit, quam ne melioris esset conditionis noverca vel vitricus, quam est is ex liberis prioris matrimonii, cui minimun datum est; cui scopo ac definitioni satisfit, ubi simpliciter filialis portionis calculus initur absque præcedentis legitimæ præceptione. Placuitque hæc sententia Ultrajectinis *in novella constit. art.* 10. eamque tuetur Neostadius *de pactis antenupt. observ.* 4. *in notis*, *num.* 3. vers. *portio autem*. Wesel *ad d. art.* 10. *novella constit. Ultraject. n.* 79. D. Someren *de jure novercar. cap.* 11. *num.* 1.

128. Considerandum præterea, in ineunda hujus portionis ratione non nuptiarum secundarum, aut liberalitatis exercitæ, aut testamenti conditi, sed mortis tempus debere spectari, tum patrimonii intuitu, tum numeri liberorum contemplatione; eo quod omnis inter conjuges donatio, licet maxime inter vivos facta, morte demum confirmatur & exitum habet sicut & ipsa pacta dotalia, quatenus iis de successione actum est, *novell.* 22. *cap. quia vero* 28. atque insuper portio hæc in *d. l.* 6. *C. de secundis nuptiis in med. principii*, vers. *sin autem non &c.* & *ita tamen ut quarta* cum legitima componitur, eique comparatur; cujus quantitatem ex mortis tempore æstimari certum est, *l. cum quæritur* 6 *C. de inoff. testam.* Proinde si nuptiarum secundarum initio binubus quinque prioris matrimonii liberos habeat ac millia duodecim, nec ulla ex repetitis nuptiis soboles nascatur, sed quatuor prioris matrimonii liberi vivo binubo in fata concedant, ac patrimonium binubi mortis tempore ad viginti quatuor millia adauctum ponatur, filialis portio conjugis secundæ non sextam millium duodecim, sed millium viginti quatuor semissem continebit, facta totius patrimonii inter novercam unicumque filium primi thori etiamnum superstitem divisione. Vice versa, si maneant in vivis liberi quinque prioris thori, ex secundo matrimonio sex alii nascantur, & patris binubi census medio tempore ad dimidium usque decreverit, filiali portione novercæ non nisi pars duodecima ejus quod tempore mortis in patrimonio binubi repertum, comprehendetur, adeoque ex sex millibus adhuc reliquis quingenti, præsupposito quod pater liberis prioris thori singulis totam reliquerit debitam ab intestato portionem, Ant. Faber *C. lib.* 5. *t.* 5, *defin.* 11. Hodierna, ad *l. hac edictali* 6. *C. de secund. nupt. qu.* 47. Vissenbach *ad l.* 6. *C. de secund. nuptis*, *fere in medio*, Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 14. D. Someren *de jure noverc. c.* 11. *sect.* 2. *num.* 2.

129. Quod si stante secundo matrimonio omnes liberi primi thori mortui sint, quantum tunc uxor secunda ex binubi patrimonio lucrari queat, ubi filialis portionis jus sibi pacta, aut ex testamento binubi nacta, non una omnium sententia est. Si de conjugibus Hollandicis, res in Hollandia possidentibus, quæstio sit, ubi conjuges sibi invicem supremo elogio possunt ex asse gratificari, quoties nullius legitima læditur, dubium non est, quin, mortuis omnibus primi thori liberis, binubus uxorem secundam recte instituat ex asse heredem, perinde ac si tempore contracti secundi matrimonii nulla binubo soboles primi conjugii superfuisset. Sed si conjuges eo in loco morentur, ac bona habeant, ubi ne per ultimam quidem voluntatem gratificatio, inter conjuges probata est, velut Ultrajecti; vel si ipsos, conjuges Hollandos simpliciter in pactis dotalibus filialem secundo vel secundæ conjugi portionem constituentibus, acquievisse, nec quicquam amplius binubum testamento largitum fuisse proponas; vel etiam testamento, tunc condito cum etiamnum extarent liberi primi thori, binubum Hollandum uxori secundæ filialem dedisse portionem, cum illa pactis dotalibus constituta non fuisset; minus sane apposite Abrahamus a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 10. *num.* 113. *& seqq.* definivit, filialem

portionem, præmorientibus omnibus primi thori liberis, futuram dimidiam partem patrimonii mariti & uxoris coadunati, seu in unum collati, quasi ob defectum liberorum primi thori reducta statutaria bonórum omnium communione: nec quicquam ulterius ex pacto dotali vel testamento per conjugem secundam ex bonis binubi, seu parte altera dimidias peti posse. Etenim primo quidem determinatio tali quæstione propositam non satis absolvit; dum reduci nequit per liberorum primi thori mortalitatem statutaria bonorum omnium communio, nisi eo solo in casu, quo binubus absque pactis dotalibus ad secundas nuptias convolavit; non item, si, ut frequens est, inter binubum ac secundam conjugem pactis dotalibus sola communio acquæstuum concepta sit; nec etiam inter conjuges illic domicilium foventes, ubi inter conjuges ex matrimonio statutaria bonorum omnium communio ignoratur, veluti in Frisia. Sed & secundo justum non est, uxorem secundam, quæ sibi filialem portionem pacta est, post obitum liberorum primi thori sola communionis statutariæ reductione contentam esse; cum ea ratione sæpe aut parum aut nihil ex pacto, filialem portionem tribuente, lucratura esset, si æquales aut prope æquales binubi & conjugi secundæ facultates sint. Quin contra, longe justius fuerit & æquius, eam præter jus, quod ex statutaria oritur communione, insuper ex talibus pactis dotalibus filialem habere portionem, utpote quam pro molestiis educationis alienæ sobolis, ac quasi in compensationem odii, quod tanquam noverca incurrere solet, censeri debet stipulata esse: eo modo, quo in Hollandia, nuptiis sine facto dotali initis, filialis portio testamento data solvenda foret, licet omnes prioris thori liberi morerentur, si communio statutaria universalis ob defectum pactorum dotalium jam tum ab initio nuptiarum nata fuerit. Quæ cum ita sint, rectius cum aliis existimaveris, non quidem totam binubi defuncti hereditatem, sed semissem ejus, ex vi pacti dotalis aut testamenti, *filialem portionem* tribuentis, ob mortalitatem liberorum omnium primi thori, secundæ conjugi oportere adjudicari; tum quia *filialis portionis* mentio, tabulis antenuptialibus, aut judicio supremo próposita, necessario requirit ac præsupponit *totum*, cujus pars sit, & *totius* seu *assis* quandam in partes divisionem, atque adeo partem ad minimum unam extra se, ut ita ex his duabus partibus (pauciores enim esse nequeunt) totum constet: tum etiam quia, si aliter binubo placuisset, potuisset apertius pactis dotalibus, vel in Hollandia testamento quoque, mentem explicuisse, & hoc egisse, ut uxor secunda morientibus omnibus liberis primi thori, omnes sibi haberet ac retineret ex asse binubi mariti præmorientis facultates; quo non facto, etiam præsumendum est, eum noluisse, ut illa totum sibi lucretur: tum denique, quia in ambiguis mediam sententiam haud perperam amplectimur; ambiguitate hic in eo consistente, quod quidam totum, alii nihil hoc in casu secundæ conjugi tribuendum putant. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 81. *quæst.* 6. & *part.* 4. *consil.* 273. D. Someren *de jure novercar. cap.* 3. *num.* 12. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *libr.* 1. *cap.* 12. *num.* 15. Nec recte dixeris, binubum præmortuis primi thori liberis posse secundam conjugem, cui filialem pacto antenuptiali concesserat portionem, dimittere per relictam testamento tertiam patrimonii sui partem, tanquam legitimam, quia & filium unicum, si habuisset, tali triente dato potuisset dimittere. Nam cum hoc nostro casu termini desint, ut filio sola relinqueretur legitima, propter quem etiam noverca tunc nihil ultra legitimam capere potuisset ex binubi bonis; magis est, ut secundum superius dicta *n.* 120. permitti binubo non debeat fraudare uxorem secundam commodo illo portionis filialis, quæ ex pacto nuptiali debita erat integra seu virilis, si non quibusdam primi thori liberis portio minor fuisset relicta: utcunque dubitanter in contrariam opinionem inclinet auctor consilii, quod est in Responsis Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 274.

130. Licet autem non plus capere possit conjux secunda, quam quanta est portio minima unius ex liberis primi thori, tamen si binubus uni ex hisce minus reliquerit, quam legitimam, vel etiam in universum silentio unum præterierit aut exheredaverit; tamen uxor secunda jure filialis portionis tantum sibi præstari recte desiderat, quantum ad constituendam singulorum liberorum legitimam sufficiens est; cum id non obscure in *d. l.* 6. *C. de secund. nuptiis in med. pr.* vers. *ita tamen ut quarta, & nov.* 22. *cap.* 27. vers. *quippe ludum* significetur, dum vetat Imperator, *ne quarta pars, quæ liberis debetur ex legibus, ullo modo minuatur,* atque insuper rationes juris manifeste hoc suadeant: si enim liberos juste exheredatos concipias aut præteritos, iniquum esset, ex alieno scelere ac ingratitudine alium pœnam subire, & delictum liberorum primi thori in caput novercæ redundare, contra *l. crimen.* 26. *ff. de pœnis.* Sin eos sine justa causa exheredatos ponas, non dubium, quin saltem legitimæ petendæ jus ipsis natum sit, imo querela inofficiosi testamenti competat; quo remedio si experiri nolint, sed judicio paterno acquiescendum putent, juri quidem suo renunciare possunt, at non præjudicare juri novercæ, cui filialis portio ex testamento vel pacto dotali debita est. Ant. Faber *Cod. lib.* 5. *tit.* 5. *defin.* 3. Hodierna *ad. l. hac edictali* 6. *C. de secund. nupt. quæst.* 8. D. Someren *de jure novercar. cap.* 11. *numer.* 3. 4. Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 10. *num.* 79. 80. Respons. Jurisc. Holland. *part.* 2. *consil.* 173. vers. *wat aanlangt het tweedes point.*

131. Quod si binubus vel binuba unicum habens filium, eundem exheredaverit, aut cum plures haberet, neminem ex hisce instituerit, sed in omnes æqualiter vibraverit fulmen exheredationis, conjugemque secundum ex asse vocaverit, vel pacto dotali id egerit, ut conjux secundus aut secunda totum binubi patrimonium lucretur, videndum erit, utrum justam ob causam, & probatu facilem, exheredatio facta sit, an vero causa justa ac vera deficiat. Si enim justa appareat exheredandi causa, adeoque nullo modo per querelam inofficiosi testamenti possint exheredati venire ad binubi hereditatem, retinebit conjux ex pacto dotali vel testamento totam binubi hereditatem, perinde ac si nullos binubus liberos reliquisset; tum quia liberi juste exheredati, quantum ad successionem attinet pro mortuis habentur, *l.* 1. §. *sed & si* 5. *ff. de conjug. cum emancipat. liberis ejus,* tum quia id, quod supra filialem portionem datum est, cedere non potest illis prioris

thori liberis, qui in parentem binubum ingrati comprobati sunt, *novell.* 22. *cap. op.ime vero* 27. *fere in fine*, cui consequens est, ut, ubi omnes ingrati fuerunt, nullus inveniatur, ad quam rediret, quod conjugi secundo vel secundæ per binubum immoderate pacto dotali datum, aut judicio supremo relictum est. Quibus accedit, quod jure novo matri, quæ ad secunda transivit vota, licitum sit ob tres ingratitudinis causas revocare a liberis prioris thori, quæ ipsis jam pleno ac irrevocabili simplicis donationis jure largita fuerat, *auth. quod mater C. de revocandis donat. novell.* 22. *cap. mater tamen* 35. unde concludendum, longe magis permissum censeri iisdem non dare; dum plus est jam data ingratis adimere, quam ab initio non dare, D. Someren *de jure noverc. cap.* 11. *sect.* 2. *num. ult.* Sed si ex adverso sine justa causa unicus vel omnes, quotquot fuerint, liberi primi thori exheredati vel præteriti sint, noverca vero vel vitricus ex asse scriptus; verius est, liberos tales exheredatos secundum juris Romani principia per querelam inofficiosi testamenti totam infirmare posse institutionem, & a vitrico vel noverca avocare id omne, quod ei ex binubi conjugis sui institutione obventurum esset. Cum enim querela hæc liberis exheredatis ex jure communi competat adversus extraneos, quibus parens binubus omnia relinquere poterat, si modo legitimam liberis salvam faceret; non debuit iis denegari hoc remedium adversus novercam vitricumve, cui ultra portionem filialem a binubo quicquam dari leges non sinunt. Sed cum nostris moribus exheredati aut præteriti, ac ob id per inofficiosi testamenti querelam avocantes hereditatem, tacite rogati intelligantur, ut, detracta legitima ac Trebellianica, reliquam patrimonii partem institutis velut ex causa fideicommissi restituant, uti dictum *tit. de inoff. testam. n.* 14. magis est, ut nunc ad auxilium *d. legis* 7. *C. de secund. nupt.* tanquam pinguius, confugiant liberi primi thori ita simul omnes exheredati; quippe qui ea ratione nihil ultra apud novercam vitricumve ex binubi parentis patrimonio relinquere tenentur, quam quanta est legitima liberorum singulorum prioris thori: adeoque, si unicum binubi filium, ex priore matrimonio genitum, parentis binubi testamento præteritum ponas aut exheredatum, ex remedio *d. legis sexta* non semis hereditatis apud novercam vitricumve ex asse institutum remanere debet, & alter semis filio unico præterito vel exheredato addici, ut perperam scripsit Abr. a Wesel *ad novell. Ultraject. art.* 10. *n.* 90. sed potius triens tantum vitrico vel novercæ, bes vero filio unico exheredato adjudicandus est. Cum enim in casu, quo filius primi thori præteritus, vel portione infra legitimam consistente honoratus est, novercæ adimendum sit, quicquid supra legitimam, liberis prioris thori debitam, relictum apparet, uti id supra adstructum fuit; consequens est, unico existente prioris thori filio, sed præterito vel exheredato, non totum semissem, sed tantum trientem ex binubi hereditate deberi novercæ, reliquum omne, quasi non scriptum aut relictum, filio unico primi thori applicari. Nam cum triente solo, seu quatuor unciis, tanquam portione legitima parens binubus filium unicum potuisset dimittere, nec plus, sed minus, imo nihil ei dederit, utpote præterito vel exheredato; ratio *d. legis sexta* non patitur, ut plus apud novercam remaneat, sed reliquum omne, eidem per legem ablatum, primi thori filio acquiratur. Eodemque modo computatio instituenda pro rata, si duos pluresve primi thori liberos, ac hos omnes exheredatos concipias. Sed & simili ratione computandum erit, ubi noverca non quidem testamento binubi ex asse scripta, sed pacto dotali lucrum omnium bonorum, aut maximæ partis mariti binubi pacta est, ac unicus vel plures primi thori liberi omnes sine causa exheredati apparent, cum in *d. l.* 6. æque prohibitum sit, titulo dotis vel donationis propter nuptias, quam institutionis vel legati jure, plus conferre novercæ, quam ei ex liberis primi matrimonii, cui minimum datum est.

132. Quid juris sit circa portionem filialem illis in locis, in quibus filiæ ab intestato non succedunt, sed sola dote jubentur contentæ esse, adeoque ne legitimæ quidem petitionem habent, tractat Fachineus *controvers. lib.* 3. *cap.* 68.

133. Quod si filius primi thori in sola legitima institutus propter prodigalitatem moresque dissolutos aut æs alienum aliamve causam; nepotes vero ex eo aliis rebus honorati secundum facti speciem, quæ est in *l. pen. §. potuit.* 2. *de curat. furios.* ac novercæ per binubum parentem filialis portio testamento vel pacto dotali data sit; non ultra legitimam, filio thori primi relictam, noverca sibi vindicare potest. Neque enim, quæ nepotibus data, recte dixeris filiis relicta; sed potius, cum nihil nepotibus ab intestato debitum sit, neque quicquam per testamentum ex necessitate juris relinqui debuerit, perinde habenda sunt iis relicta, ac si plane extraneis testamento data essent. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 159. *n.* 7. vers. *item alsoo secundum.* Eoque faciunt, quæ supra de uno ex liberis primi thori in sola legitima, vel minore parte instituto, vel plane exheredato dicta. Nec est, quod exheredatos bona mente aut bona mente in sola legitima institutos separes ab illis, qui mala mente sive juste sive injuste ab hereditate binubi parentis exclusi sunt. Cum enim inter justam injustamque exheredationem quantum ad constituendam filialem novercæ portionem nihil intersit secundum ante exposita; etiam ratio non est, cur inter bona & mala mente exheredatos hac in parte differentia quæreretur; præsertim, cum & in casu, quo bona mente filius exheredatus, aut ad solam legitimam vocatus est, verum maneat, ea, quæ nepotibus data sunt, non intelligi filio intermedio relicta esse, imo parens binubus, nepotes instituens, filiumque intermedium bona mente a maxima hereditatis parte excludens, studiose hoc agat, ne ad filium intermedium quicquam ex iis, quæ nepotibus relinquit, pervenire queat, ut pater ex *d. l. pen. §.* 2. *ff. de curat. furiosi.* Dissentit Wesel *ad novellas constit. Ultr. art.* 10. *n.* 84. 85.

134. Quoties autem nulli prioris thori filii extant, sed tantum nepotes, uti horum quoque ratio habita fuit in *d. l.* 6. *C. de secund. nupt.* vers. *quam observ.* & *novell.* 22. *cap.* 27. vers. *hoc idem observando*, ita etiam filialis portio, quam avus binubus secundæ conjugi tributam voluerit, non ex singulorum nepotum portione æstimanda est, sed potius inspiciendum, quantum uni integræ stirpi nepotum, ex uno filio descendentium, cedat, & quidem ei, cui minimum ab avo binubo datum est, ut similis, & non major quantitas, uxori secundæ avi prædefuncti jure filialis portionis acquiratur; cum & in legitima ne-

potum assignanda, nepotes non ex suo, sed parentis intermedii prædefuncti capite, adeoque ex jure repræsentationis, æstimentur, sive cum suis patruis ad avitam veniant successionem, sive deficientibus omnibus primi thori filiis soli existant, ut dictum *tit. de inoff. testam. numero* 48. & hanc sententiam tuetur Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 3. *defin.* 5. D. Joh. a Someren *de jure novercar. cap.* 11. *num.* 2. Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 10. *num.* 107. *& seqq.* Wissenbach *ad l.* 6. *C. de secund. nuptiis*, *fere in pr.*

135. Porro in quæstione, utrum quid ultra portionem filialem vitrico vel novercæ relictum fuerit, onus probandi prioris thori liberis, tanquam actoribus & affirmantibus, ac id, quod supra modum apparet datum, sibi vindicantibus, imponendum est, cum unusquisque suam teneatur probare intentionem, in eoque deficiens nihil obtineat, arg. *l.* 2. *ff. de probation. l. actor.* 23. *C. eod. tit. l. qui accusare* 4. *in fine C. de edendo.* Censentque plures, id omne quod immoderate a binubo in vitricum aut novercam collatum probatur, una cum fructibus a tempore mortis parentis binubi restitui oportere prioris thori liberis; licet non statim a morte parentis binubi, sed demum post temporis intervallum, interpellatio ad restitutionem facta sit; eo quod ipso jure nulla est immoderata largitio, & perinde habita, ac si neque scripta neque collata esset, ideoque nullo jure aut titulo justo per novercam vitricumve possessa, *d. l.* 6. *C. de secund. nupt.* vers. *sin vero plus.* Abr. a Wesel *ad d. novellas constit. Ultraject. art.* 10. *n.* 75. post Hodiernam *ad l. hac edictali* 6. *C. de secund. nupt. quæst.* 30. D. Johannem a Someren *de jure novercar. cap.* 11. *sect.* 2. *numer.* 3. & ibidem citatos. Licet forte rectius hic idem statuendum contenderis circa fructuum restitutionem, quod in petitione hereditatis circa eorumdem restitutionem dictum fuit *in tit. de petit. hered. n.* 15. aut circa singularium rerum vindicatarum fructus latius tradetur *in tit. de acquir. rer. dominio*, prout noverca vel vitricus id, quod supra modum tenet, vel pro herede possederit, vel titulo obtinuerit particulari.

136. Quibus in locis etiamnum vigeat dispositio *d. legis* 6. *C. de secund. nuptiis*, ubi ex adverso recepta non sit, peti ex parte potest ex iis, quæ scripta a D. Joh. a Someren *de jure novercar. cap.* 1. *n.* Antonio Mathæo *de criminibus lib.* 18 *tit.* 3. *de adult. & stupro, cap. ult. num.* 24. Abr. a Wesel *ad novell. constit. Ultract. art.* 10. *num.* 6. *& seqq. & num.* 12. *& seqq.* Ubi autem statutorum diversitas est, dum conjux binubus non tantum mobilia possidet, sed & immobilia possidet quædam illic sita, ubi *d. lex sexta* usu comprobata est, atque insuper alia illis in regionibus jacentia, ubi ejusdem *legis sextæ* dispositio abrogata est; mobilium quidem intuitu inspiciendum, quo jure civitas, in qua binubus, aut binuba domicilium fovet, utatur: eo quod mobilia ex lege domicilii domini regi placuit quasi dominum comitantia, ipsique præsentia, utcunque alibi vero sita, ut dictum *tit. de constit. Princip.* parte altera *de statutis num.* 11. at respectu immobilium magis est, ut regionis cujusque, in qua inveniantur immobilia binubi bona, leges considerandæ ac servandæ sint. Qua ratione, si Hollandus binubus mercator, in Hollandia fovens domicilium, ac sine pactis ullis dotalibus ad secundum veniens matrimonium, diversis in regionibus tabernas mercium venalium exerceat, ac prædia nonnulla Hollandica, simulque etiam Ultrajectina quædam, jure dominii propria habeat; mobilia quidem ubicunque sita, ut & immobilia Hollandica pro semisse acquirentur secundæ conjugi, vi statutariæ communionis, quippe quam (uti supra monitum) Hollandi noluerunt exclusam esse, licet liberi primi thori superstites sint, quoties absque ullis pactionibus antenuptialibus secundæ nuptiæ contractæ sunt: Ultrajectina vero immobilia neutiquam vi statutariæ communionis conjugi secundæ pro semisse cedent; quoties plus ea ratione ex bonis binubi mariti lucraretur noverca, quam ei obventurum est ex liberis prioris thori, cui minimum relictum est: eo quod Ultrajectino jure recentissimo anni 1659. statutaria communio dispositioni *d. legis sextæ C. de secund. nuptiis* cedere jussa est, in liberorum primi thori favorem. Immobilia namque regi lege situs sui, tralatitium est, ac a me adnotatum in *d. cit. de constit. Principum*, parte altera *de statutis num.* 12. Vice versa, si binubum non in Hollandia, sed Ultrajecti domicilium foventem, ibidem sine pactis dotalibus secundam duxisse conjugem concipiamus, Hollandica immobilia jure statutariæ communionis, ibidem etiam hoc casu in præjudicium liberorum primi thori vigentis, conjugi secundæ pro semisse obvenient; Ultrajectina vero immobilia, nec non mobilia ubicunque existentia subjacebunt dispositioni *d. legis sextæ*, Ultrajecti etiam ad id receptæ, ut semoveat omni casu statutariam bonorum communionem, ubi illa liberis prioris matrimonii ultra, quam dicta lex sexta permittit, damnosa est. Confer D. Someren *de jure novercar. cap.* 11. *num. ult.* Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 10. *n.* 138. 139. Nec est, quod in contrarium urgeas, Hollandum, in Hollandia ad nuptias secundas transeuntem sine expressis pactis dotalibus, videri tacite sese quantum ad effectus matrimonii conformasse statuto sui domicilii Hollandico; adeoque tacite id egisse, ut & bona immobilia alibi, atque ita etiam Ultrajecti sita, inter se conjugemque secundam vel communia fiant vel saltem vi pacti taciti communicentur: & ex adverso Ultrajectinum, sine tabulis dotalibus Ultrajecti vota secunda amplectentem, ex eodem fundamento, quod intelligatur se tacite conformasse statuto sui domicilii Ultrajectini, communionem propter liberos priorum nuptiarum reprobantis, videri tacite exclusisse communionem immobilium, etiam alibi, atque adeo in Hollandia quoque jacentium, prout hæc fuse a me superius adstructa. Etenim quod ad Hollandum attinet, in eo tacita pactio de communicandis prædiis Ultrajectinis concipi non potest; quia nec expressa pactione potuisset derogare statuto Ultrajectino, quippe non simpliciter communionem non inducenti, sed eandem in secundis nuptiis expresse prohibenti, quoties superest prioris thori proles: statutis vero prohibitoriis non posse vim imminui per pacta contraria, probatum a me *in d. tit. de constit. Princip.* parte altera *de statutis n.* 18. Sed nec in Ultrajectino hujus tacitæ pactionis præsumtioni locus esse potest; quia unusquisque intelligitur in matrimonio contrahendo tum demum probasse statuta sui domicilii, atque adeo etiam quantum ad bona immobilia alibi sita pactus esse id, quod lege domicilii cautum est, si lex domicilii ipsi per-

mittat pacto contrario ab ea resilire, alioque inducere nuptiarum effectus, si voluisset. Sed cum ne expressa quidem conventione possit Ultrajectinus mutare ea, quæ prohibitorio statuto Ultrajectino cauta sunt; absurdum esset, ab actu illo sæpe invito & invitis imposito peti quandam præsumtionem tacitæ pactionis, quæ prohibitorio domicilii statuto conformis esset, & se extenderet ad bona sita illis in locis, ubi contraria statuto, sed pactionem in contrarium haud respuente, cauta sunt, ut dixi in *d. tit. de constit. Princip.* parte altera *de statutis n.* 20.

137. Præter pœnas hactenus expositas adhuc aliæ sunt, puta, quod mater (non item pater) amittat liberorum tutelam ac educationem, *auth. sacramentum C. quand. mulier tut. officio fungi potest*; *nov.* 22. *cap. si autem tutelam* 40. quod pater heres institutus, ac oneratus legato conditionali liberis primi thori præstando, ad satisdationem legatorum nomine liberis suis præstandam compelli possit, si ad secundum matrimonium convolaverit, *novell.* 22. *cap. placet quoque* 41. *l. jubemus* 6. §. 1. *C. ad Senatusc. Trebell.* cum alias satisdare non teneatur, sed leviore possit cautione defungi, *d. l.* 6. §. 1. *C. ad Senatusc. Trebell. l. filio* 8. *ff. ut legat. seu fideic. causa caveatur.* Expeditum præterea est, mulierem per secundas nuptias amittere mariti prioris dignitatem, sive soboles ea primo marito supersit, sive non, ut latius traditum *tit. de senatoribus num.* 8. Constat denique, & binubum & binubam amittere ea, quæ sibi a conjuge defuncto sub conditione viduitatis relicta sunt, utcunque primi matrimonii proles desit, usque adeo, ut ob id etiam non aliter relicta percipiant in viduitate, nisi præstita cautione Muciana de reddendis relictis, ubi ad illud matrimonium transitus fit, *d. novell.* 22. *cap. quæ vero nunc* 43. *&* 44. abrogata *l. pen. & ult. C. de indicta viduit. & leg. Jul. misc. tollenda.*

138. Habent autem hæ nuptiarum secundarum pœnæ locum non tantum in paganis, sed & in militibus, quippe quibus hac in parte nullum invenitur indultum jus singulare. Nam etsi miles liberos impune possit silentio præterire, *l. sicut certi* 9. *&* 10. *C. de testamento militis*, non tamen novercæ plus relinquere, quam prioris thori filio, cui minimum datum est; eo modo, quo & paganus filium relicta legitima dimittere potest, nec tamen ei minus assignare, quam novercæ relictum cupit, Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 4. *num.* 9. *in fine pag.* 246. Nec evitabit mulier vidua pœnas hasce, si a repetitis quidem abstineat nuptiis, sed luxuriose atque impudice vivens extra conjugii legitimi vinculum partum edat, *novell.* 39. *cap. secundum vero* 2. Confer Ant. Matthæum *de criminibus lib.* 48. *tit.* 3. *de adulterio & stupro, cap. ult. num.* 24. vers. *quantum ad posteriorem.* Quemadmodum nec cessant hæ pœnæ, (licet multis contrarium placeat) si conjux moriens superstiti in testamento dederit ad alia vota transeundi facultatem, imo certam ei personam designaverit secundo matrimonio sociandam; cum non conjugis defuncti, sed liberorum superstitum favore hæ pœnæ inductæ sint. Nihil in contrarium faciente eo, quod a Justiniano scriptum fuit, secundis viduæ nuptiis *animam mariti defuncti contristari, novell.* 22. *cap. quæ vero num.* 43. cum ex impropriis hujusmodi atque hyperbolicis novellarum locutionibus non recte argumenta petantur. Quin & pœnis hisce locus erit, si liberi in nuptias secundas parentum consenserint, vel aperte easdem comprobando, vel trinundinæ proclamationi, secundum mores adhibendæ, haud contradicendo; eo quod non potuissent dissentiendo easdem impedire, ac proinde satius ipsis est verecunde simul ac patienter ferre dura sibi secunda parentis vota, quam contradicendo nihil proficere, atque insuper sibi graviora parentis binubi, ac præcipue vitrici vel novercæ odia parare, animumque eorum sæpe olus satis infestum reddere infestiorem. Plane, si nominatim liberi primi thori perfectæ ætatis renunciaverint harum pœnarum persecutioni, vix dubium esse potest, quin eo casu cessaturæ sint, arg. *l. pen. C. de pactis.* Vide varie sentientes Andream Gayl. *lib.* 2. *observ.* 98. *n.* 10. *usque ad num.* 23. Fachineum *controvers. lib.* 3. *cap.* 65. Zoesium *ad Pand. h. t. de ritu nupt. num.* 32. 33. Groenewegen *ad l.* 3. *C. de secundis nuptiis num.* 5. *& seqq.* D. Joh. a Someren *de jure novercar. cap.* 11. *sect.* 2. *num.* 6. Abrah. a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 11. *n.* 92. *& seqq. ad n.* 108.

139. Quod si non nuptias, sed sola sponsalia contracta proponas, nulla pœnarum superius recensitarum locum sibi vindicare potest; cum in legibus gratificationem inter conjuges prohibentibus sponsus & sponsa non veniant mariti aut uxoris appellatione, & vetita inter virum & uxorem donatio inutilem non arguat inter sponsos ac sponsas liberalitatem, *l. si sponsus in* 5 *pr. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. cum in te* 6. *C. donat. ante nuptias*, nec per sponsalia tam grande liberis primi matrimonii generatur præjudicium, quam quidem per contractum re ipsa secundum matrimonium, & factam vitrici vel novercæ superinductionem.

TITULUS III.

De Jure Dotium.

SUMMARIA.

1. *Dotes quidem, at non jura dotium, apud nos obtinent, nisi pacto dotali reducta sint?*
2. *Quid sit dos? Quo sensu dotis causa* perpetua *dicatur? Quo modo dos differat a paraphernis & receptitiis? Quid moribus?*
3. *Quæ res in dotem dari possint? An & id, quo maritus uxori debet, & quid tunc dotale fiat?*
4. *An curator omnia adultæ bona in dotem dare possit? & si dotem supra vires patrimonii promiserit, an puellam, aut se obliget jure civili & hodierno?*
5. *An omnibus bonis in dotem datis etiam futura contineantur? An uxor credatur omnia in dotem dedisse, si patiatur maritum omnibus frui?*
6. *An sub omnibus in dotem datis etiam feuda comprehendantur?*
7. *Dos vel datur, vel promittitur. Quomodo detur? An res fiat dotalis, si tertius, qui ante nuptias rem tradiderat*, ut nuptiis secutis dotalis esset, *ante nuptias moriatur?*
8. *Quibus modis promittatur? Quid juris, si dos generaliter sine certa quantitate promissa sit a muliere, extraneo, patre? Quid moribus? An extraneus aut pater dotem certa quantitatis promittens supra vires patrimonii, gaudeat beneficio competentiæ?*

9. *Non nisi contracto matrimonio ad dotem promissam agi potest. An dos promissa peti, si repudium ante nuptias missum, sed postea sponsalia redintegrata, & nuptiæ secutæ sint? Quo usque dotis solutio in diem differri possit? Quæ sit pœna moræ in dote solvenda, ex jure civili, & moribus? An mulier ob dotem non solutam de domo expelli possit?*
10. *Pater jure civili invitus cogitur dotare filiam. Quid juris, si pater furiosus, aut ab hostibus captus sit?*
11. *An & locupletem filiam teneatur dotare?*
12. *An & emancipatam?*
13. *An & secundo nubentem? An naturalem? An ingratam? An minorem sine consensu nubentem?*
14. *Quando avus & mater cogi possit dotem dare? An frater teneatur sororem dotare?*
15. *Hodie commune patris & matris onus est, dotem dare liberis. An & quo usque pater binubus, dotem constituens liberis prioris thori, censeatur eam etiam ex bonis secundæ conjugis constituisse.*
16. *Si liberi bona propria habeant, hodie pater non de suis, sed liberorum bonis in dubio dotem constituisse creditur. Pater moribus magis ex libera voluntate, quam juris necessitate liberis dotem dat; nisi injuria prohibeat nuptias liberorum majorennium, & illi eas auctoritate magistratus contrahant. Si plus, quam erat in patrimonio liberorum, promiserit pater aut mater, binubus aut binuba, unde supplendum sit, quod deest, & an etiam ex bonis vitrici vel novercæ?*
17. *Proponuntur variæ dotis divisiones. An & quando exceptio non numeratæ dotis opponi possit? An mariti apocha de dote numerata obsit creditoribus? & quo modo probatio numerationis fiat, aut creditoribus sufficiat? An hæc etiam obtineant in donatione propter nuptias, seu iis, quæ ex parte sponsi promissa sunt? Si constet de dotis numeratione, an & accessoria promissa præsumantur numerata, veluti certa pecuniæ quantitas ad ornatum & vestitum sponsæ?*
18. *Quid sit dos adventitia, quid profectitia?*
19. *An maritus fiat dominus dotis, & quale acquirat dominium, cum res dotalis æstimata vel inæstimata data est? An æstimatio dotis venditionem faciat jure Romano ac moribus?*
20. *Quales actiones maritus exerceat circa res dotales? Quid, si res aliena in dotem data sit? quid, si evincatur? De vituperio dotatarum,* remissive.
21. *De donatione propter nuptias, & in quibus conveniat cum dote, in quibus differat? & de origine ejus.*
22. *Æqualitas inter dotem & propter nuptias donationem hodie non servatur. An hodie hujus donationis usus sit? An non, si id actum, ut uxor omnia ferat onera matrimonii, & maritus donationem salvam habeat? An tunc marito competat legalis hypotheca in bonis uxoris pro recuperanda propter nuptias donatione?*

1. QUamvis dotes etiam gentibus aliis præter Romanos notæ ac probatæ fuerint, *jura* tamen peculiaria dotium atque privilegia insigniora Romanorum fuerunt propria; unde & inscriptio tituli non simpliciter in Pandectis & Codice *de dotibus*, sed *de jure dotium* concepta est. Sed nec moribus nostris amplius vigent, quæ jure civili inducta, dotium jura, nisi nominatim pactis dotalibus reducantur; eo quod alias matrimonii apud nos ille effectus est, quod inter conjuges statutaria bonorum omnium communio nascitur: &, si maxime eam pacto dotali exclusam ponas, non tamen ideo protinus etiam jura dotium ac privilegia reducta censeri debent, nec mulier soluto matrimonio dotem recuperat, nisi dimissis creditoribus omnibus, quibus stante matrimonio cœpit deberi, si non specialiter mulier dotem sibi salvam pacta sit. Quo casu quæ pacti talis aliorumque similium efficacia sit, in *tit. sequenti de pactis dotalibus* ex professo discutiendum erit.

2. Dos autem est res, quæ a muliere, vel ab alio mulieris nomine, datur marito ad sustinenda onera matrimonii. Quo matrimonio deficiente, dos nulla est, *l. dotis appellatio* 3. *l. stipulationem* 11. *ff. h. t.* Sed eo subsecuto dotis causa perpetua esse dicetur, ac cum voto ejus, qui dat, ita contrahi, ut semper apud maritum sit, *l.* 1. *ff. h. t.* Cum enim nuptiæ sint consortium omnis vitæ, seu societas inita cum voto, ut ad finem vitæ conjugum perduret, & eo sensu perpetua sit, arg. *l.* 1. *ff. de ritu nupt.* junct. *l.* 1. *ff. pro socio*, non mirum, quod & causam dotis, quæ nuptiarum accessio est, Paulus censuerit perpetuam esse. Estque hæc dos a paraphernis mulieris in eo distincta, quod maritus neque paraphernalium dominus, sed tantum legitimus administrator sit, *l. ult. C. de pactis conventis*, junct. *l. si ego* 9. §. *cæterum* 3. *ff. h. t.* neque fructus eorum ad sustinenda matrimonii onera percipere possit ac suos facere; excepto casu speciali, quo nominum paraphernalium exactorum usuras in suum & uxoris commodum potest convertere, forte in compensationem molestiæ, quam in iis exigendis suscepit, *d. l. ult. C. de pactis conventis*. De his paraphernis plura videri possunt apud Meyerum *Collegio Argentorat. h. t. num.* 26. 27. 28. Longe minus dotalia cum receptitiis mulierum bonis confundi debent; cum receptitia dicantur, quæ uxor ita pleno jure sibi retinuit, ut & mariti potestati domui atque administrationi voluerit subducta seu exemta esse, *l. hac lege* 8. *C. de pactis conventis*. Sed moribus nostris inter dotalia & alia mulieris bona discrimen non est, si non id actum sit; omniaque, quæ mulier ad maritum intulit, in dubio dotalia esse censentur, ut docet post alios Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 10. *n.* 42. *& seqq.*

3. Possunt in dotem dari res omnes, quæ sunt in commercio, corporales, incorporales, nomina, *l. nominibus* 2. *C. de oblig. & act.* hereditas, *l. nec ullam* 13. §. *apud Marcellum* 10. *ff. de hered. petit.* sive directa sive fideicommissaria, ut tamen restitutio hereditatis fideicommissariæ prius ipsi mulieri facienda sit, & per eam marito præstanda ex singulari ratione proposita in *l. si mulier ita* 59. §. 1. *ff. h. t.* Adhæc ususfructus, *l. si ususfructus* 66. *ff. h. t.* etiam id, quod maritus uxori debet: quo casu usuræ, quæ post contractum matrimonium incipiunt deberi, dotem non augent, *l. si mulier debitori* 77. *ff. h. t.* Quod si maritus, cui id, quod debebat, in dotem erat datum, sit filiusfamilias, id censebitur dotale esse, quod in peculio ejus fuit tempore nuptiarum, *l. si pater* 44. §. 1. *l. quod si nuptura* 45. *ff. h. t.* Nec contrarium huic est, quod traditur in *l. nuptura* 57. *ff. h. t.* cum in eo textu verba *eo tempore* accipi possint de tempore, quo illa filiofamilias erat nuptura. Sed &, si

maritus, cui id, quod debebat, in dotem datum est, alternative res duas debeat, arbitrio ejus ea, quam rem velit dotalem esse, *l. si marito* 9. §. *quod si* 1. *ff. de fundo dotal.* cum alioquin, duabus alternative in dotem promissis, electio promissoris sit quam dare velit, *l. quemadmodum* 46. §. 1. *ff. b. t.*

4. Quid, quod & omnia mulieri bona in dotem recte dantur, *l. nulla* 4. *C. b. t.* usque adeo, ut nec tutor peccare censeatur, si consenserit in id, ut omnia pupillæ nupturæ bona in dote sint, arg. *l. sine general.* 61. *in pr. ff. b. t.* si modo id pupillæ expedire existimet: quod moribus etiam conveniens esse, docet Groenewegen *ad l.* 60. & 61. *ff. b. t.* & *ad tit. C. si adversus dotem*, unde & mulieri tum demum per restitutionem ex capite minorennitatis succurritur, si *circumscripta* omnia in dotem dederit, *l. si ex causa* 9. §. *in dotis* 1. *ff. de minor.* 25. *annis l. unic. C. si adversus dotem.* Adde *tit. de minor.* 25. *annis n.* 18. alioquin enim ex facultatibus & dignitate mulieris maritique statuendum fuit, quo usque curator minori dotem promittenti consensum debeat accommodare, *l. quæro* 60. *l. cum post* 69. §. 3. *ff. b. t.* Quod si supra vires patrimonii puellæ adultæ curator dotem constituerit, si quidem in bona fide sit, nec doceatur animus curatoris donandi de suo, subveniendum ipsi erit; ne in id quod superfluum est, condemnetur, convenienter iis, quæ a Paulo scripta, *l. cum post mortem* 43. §. 1. *ff. de administr. & peric. tut.* sicut & ipsi puellæ, ne de præsenti in plus a marito conveniatur, *d. l.* 9. §. 1. *ff. de minor.* 25. *annis*, quæ tamen marito cavere jussa est, se, si quandoque stante matrimonio locupletior fiat, dotis reliquum marito soluturam, *d. l.* 43. §. 1. *in fine ff. de admin. & peric. tutor.* Nec adversatur, quod dotis promissio supra vires patrimonii facta, tutore vel curatore auctore, ipso jure nulla sit, *d. l. sive generalis* 61. *in pr. ff. b. t.* cum ibi dolose a curatore auctoritas accommodata proponatur, ac ob dolum illum promissio ex parte puellæ nulla sit. Plane, vix dubium, quin marito circumvento doli actio adversus tutorem, qui sciens ampliorem constituit adultæ dotem, quam erat in patrimonio, danda sit, arg. *d. l.* 43. §. 1. *ff. de admin. & peric. tutor.* Groenewegen *ad. d. l.* 43. Abrah. a Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 1. *n.* 35. & *seqq.* ibique plures citati.

5. Nec præsentia tantum, sed & futura recte in dotem dantur; licet futura non contineantur in dubio, datis simpliciter in dotem omnibus bonis, nulla futurorum facta mentione: non enim donatio, cujus species & dos est, facile præsumitur; ac legato omni auro, veste, similibusque, id solum, quod in præsenti tempore testatoris est, non futurum, legatum intelligitur, *l. si ita esset* 7. *l. Quintus Mucius* 27. §. *argento* 2. *l. scribit* 34. *fere per tot. ff. de auro argento mund. ornam. legatis.* Hinc, si mulier patiatur, maritum omnibus suis bonis frui, sed nulla dotis mentione habita, ex eo solo bona uxoris dotalia nequaquam censenda sunt, sed potius id, quia facti est, aliunde probandum, arg. *l.* 1. *C. de dotis promissione.* Licet enim in ambiguis pro dotibus responderi Paulus velit, *l. in ambiguis* 85. *de reg. juris, in ambiguis* 70. *ff. b. t.* id tamen potissimum tunc locum habet, cum de dote restituenda quæstio est: eo quod dotium causa semper & ubique præcipua est, quia publice interest, *dotes mulieribus conservari*, ut ait Pomponius *in l.* 1. *ff. soluto matrimon.* Adde *n.* 2. *in fine.*

6. Quoties autem generaliter omnia in dotem data sunt, an tunc feuda quoque, & prædia emphyteuticaria intelligantur data, dicendum ex eo videtur, an & talia in statutariam veniant omnium inter conjuges communionem, de quo in *tit. praced. de ritu nupt. n.* 71. & *seqq.*

7. Constituitur dos vel ante nuptias, vel stante matrimonio; atque etiam ante nuptias constituta durante matrimonio augeri potest, *nov.* 97. *cap. aliud quoque* 2. *l. si constante* 19. *C. de donat. ante nupt.* ac vel datur, vel promittitur, seu cavetur, vel legatur, *l. cum pater* 29. *ff. b. t.* Dari videtur non modo, cum naturaliter solvitur seu præstatur res dotalis; sed & cum id, quod maritus debet, in dotem ei conceditur, ideoque remittitur, *l. si sponsalibus* 58. §. 1. junct. *l. si mulier* 77. *ff. b. t.* vel accepto fertur, atque ita extinguitur, *l. promittendo* 41. §. *accepti* 2. *l. licet soleat* 43. *ff. b. t. l. ait prat.* 10. §. *si cum mulier* 14. *ff. qua in fraud. credit. fact. sunt ut rest.* vel cum debitor mulieris dotis constituendæ gratia, per mulierem viro delegatur, *l. debitor* 36. *l. promittendo* 41. §. *si a debitore* 3. & 4. *l. cum in fundo* 78. §. *ult. ff. b. t.* Quod si res alicui sit tradita, ut, *nuptiis secutis, dotis efficeretur*, & ante nuptias decesserit tradens, secutis deinde nuptiis ex rigore juris res *dotalis* non fiebat, quia tempore nuptiarum dominium recedere non poterat a tradente, quippe qui jam mortuus desierat habere dominium, jam in heredem translatum, a quo invito illud non poterat discedere. Sed favor dotium effecit, dominium in maritum transferri, ne mulier maneat indotata, *l. si ego* 9. §. *si res* 2. *ff. b. t.*

8. Promittitur dos vel stipulatione, vel solemni dotis dictione, quæ olim tanquam species sub verborum obligatione una cum stipulatione ac jurejurando liberti, comprehensa erat. Ulpianus *in fragment. tit. de dotibus* 6. *in princ.* Gajus *Instit. lib.* 2. *tit. de obligat.* 9. §. 3. 4. 5. vel denique simplici pactione, sed quæ a lege sic confirmata fuit, ut ad exemplum stipulationis efficax inde actio datur, *l. ad exactionem dotis* 6. *C. de dotis promissione.* Huic tamen sive ex stipulatu, sive ex pacto actioni locus non est, ubi vel extraneus vel mulier ipsam dotem promisit, nisi certa res aut quantitas, quæ in dotem cessura, expressa sit: nam si simpliciter, seu in genere tantum, dotis intercesserit promissio, nihil peti potest, *l.* 1. *C. de dotis promissione.* Quod si generali dotis promissioni per mulierem extraneumve factæ additum sit, eam *boni viri arbitratu* præstandam esse; dubium non est, quin tali ex promissione congrua dos, arbitrio viri boni definienda, peti possit: uti & si promiserit se daturum *quodcumque arbitratus fuisset*; cum ita viri boni arbitrium intelligatur promissioni insertum, *l. si quum ea* 3. *C. de dotis promiss.* Sed &, si pater mulieris dotem promiserit sine certa quantitate, etiam *detracto*, seu non adjecto, *arbitrio boni viri*, dotem pro modo facultatum patris ac dignitate mariti constituendam esse, Papinianus docet *l. cum post* 69. §. *gener.* 4. *ff. b. t.* Diversitatis ratio in eo est, quod nec mulier semetipsam, nec extraneus extraneam dotare cogatur; pater vero ad dotem filiæ dandam etiam citra ullam

præcedentem dotis promissionem invitus a magistratu compelli possit, *l. capite* 19. *ff. de ritu nupt.* Confer Fachineum *controvers. lib.* 8. *cap.* 75. Estque hac occasione notandum, in aliis quoque respectu dotis promissæ aliam patris, quam extranei promissoris causam esse; nam si extraneus pro muliere donandi causa dotem promiserit supra vires patrimonii sui, ac ex sua conveniatur promissione, competentiæ beneficio gavisurus non est, *l. pen. ff. h. t. l. Nesennius* 41. *ff. de re judicata.* Quamvis enim donatori hoc beneficium vulgo tributum sit, §. *sed & si quis* 38. *Instit. de action. l. qui ex donation.* 12. *ff. de donation.* tamen id hic attendi non oportet; cum maritus, cui extraneus dotem promisit, non tam considerari debeat tanquam donatarius, quam potius ut creditor ex causa onerosa, quippe onera matrimonii inde subiturus, *l. ult.* §. 1. *in fine ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit. l. sicut re* 8. §. *sed si permiserit* 13. *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvitur.* Nec obstat *l. si extraneus* 33. *ff. h. t.* Intelligenda enim de casu, quo extraneus mulieri donatum voluit, quod dotale est futurum, & propterea accipitur quasi non viro, sed mulieri esset ex donatione acquisitum, quippe *ad quam rei commodum respicit*, ut ait JCtus *in d. l.* 33. *in fine*, atque etiam colligi potest ex *l. servo legato* 69. §. 1. *in fine ff. de legat.* 1. Quemadmodum ergo mulier, si ageret, exceptione competentiæ opposita non in solidum, sed in id quod facere poterat, condemnationem contra donatarium impetrasset, ita marito non erat imputandum, quod ille donantem non præcipitaverat ad solutionem, adeoque verba, *quemque in id quod facere posset, si convenisset, condemnaverit* (id est fecisset condemnari), non recipiendo de marito conveniente ad dotem solvendam, sed muliere conveniente ad donationem implendam, Cujacius *lib.* 12. *obser. cap.* 17. At si pater puellæ dotem pollicitus sit, ex sua promissione stante adhuc matrimonio non ultra, quam facere potest, a genero convenitur. Sed & dissoluto eo, competentiæ beneficium ei denegandum non est, quoties apparet manifesto bona fides ejus: nam si sub specie futuræ dotis induxerit generum, &, cum sciret se dotem præstare non posse, id egerit, ut genero insidiaretur, omni legis beneficio indignus est; dum miseris ac lapsis, non item dolosis, jura solent subvenire, *d. l. pen. ff. h. t. l. sicut autem* 21. *l.* 22. *pr.* & §. 1. *ff. de re judicat.* arg. *l. verum est* 63. *pr. pro socio.* Observandum tamen, ea, quæ de dotibus sine certa quantitate per mulierem aut extraneum promissis jus civile definivit, non per omnia moribus probata esse. Si enim mulier tunc dotem promiserit sine certa quantitate aut rerum certarum designatione, magis est, ut universas facultates suas in dotem dedisse intelligatur, propter statutariam omnium bonorum inter conjuges communionem; Groenewegen *ad l.* 1. *C. de dotis promissione.* Wesel *ad nov. constit. Ultraject. art.* 10. *n.* 44. imo & ob solam statutariam aut pactitiam acquæstuum communionem id præsumendum esse, verius est; eo, quod sub communione quæstuum fructus rerum omnium conjugis utriusque comprehensi sunt, ut *tit. seqq.* latius tradetur. Si vero extraneus talem indefinitam interposuerit dotis promissionem, eum ad congruam dotem, pro ratione proprii patrimonii, & sponsi sponsæque dignitate præstandam obstringi, exemplo patris, Groenewegio placuit *d. loco*, ne alioquin promittens videatur in re tam seria, quale est matrimonium, voluisse jocari, & sponsum vana jactasse atque lusisse dotis spe. Adde Bronchorst *enant. cent.* 3. *assert.* 10.

9. Ad dotem autem promissam agi tum demum potest, cum matrimonium contractum est, *l. item, quia* 4. §. *hujus* 2. *ff. de pactis*, quia tacite subest promissioni conditio, *si nuptiæ sequantur*, *l. stipulationem* 21. *l. dotis promissio* 68. *ff. h. t.* nec sine matrimonio dos esse potest, *l. dotis appellatio* 3. *ff. h. t.* Unde, si ante nuptias sit missum repudium, dotis promissionem evanescere necesse est; usque adeo, ut ne redintegratis quidem sponsalibus reviviscat, *d. l.* 4. §. 2. *ff. de pactis*, junct. *d. l.* 21. *in fine ff. h. t.* Nec his adversantur, quæ occurrunt in *l. si sponsalibus* 58. *in pr.* & *l. dotis promissio* 68. *ff. h. t.* Cum in illis factorum speciebus ante sponsalia dos mulieri quandocunque nupturæ promissa fuerit, ac neque alia sponsalia, neque nuptiæ aliæ intercesserint, nec, quæ semel contractæ fuerant, dissolutæ appareant. Et licet dotis solutionem in diem differre liceat; tamen stipulari dotem in id tempus, quo matrimonium futurum non est, haudquaquam permissum, *l. Julianus* 20. *ff. h. t. l. cum pater* 11. *ff. de pactis dotal.* ideoque nec mortis suæ causa mulier recte dotem promittit, *l. si pater* 76. *in fine ff. h. t.* Adde Abr. a Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 57. & *seqq.* Quod si post tempus solutionis adjectum, aut alias ultra biennium, ubi nullus solutioni faciendæ dies præfinitus est, dotis promissæ præstatio dilata fuerit, pœna moræ est, quod usuræ trientes in posterum solvendæ sint, *l. ult.* §. 2. *C. h. t.* Hodie statim a contracto matrimonio, vel saltem a tempore litis motæ, de quo pluribus Abr. a Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 1. *n.* 41. & *multis seqq.* Groenewegen *ad l. ult.* §. 2. *C. h. t.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 4. *n.* 15. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 210. *post med. pag.* 425. ver. *bom. ende voorts op. d'eerste.* Quodque nihil omnino, viro mortuo, percipiat ex donatione vi pacti dotalis mulier illa, quæ nihil ex dote conscripta præstitit, &, quæ minus quam professa est dedit, etiam pro sola quantitate præstita lucrum sentiat, *auth. sed quæ nihil C. de pactis conventis, nov.* 2. *cap. ult.* quam tamen juris Romani pœnam etiam nunc cessare, ait Groenewegen *ad d. auth. sed quæ.* Plane mulierem ob non solutam dotem promissam e domo expelli per maritum, aut alimentis fraudari, aut in universum repudiari, nec ratio, nec jura sinunt. Utcunque enim metuendum videatur Justiniano, ne sic indotata a viro forsitan repellatur, & matrimonium distrahatur, *l. ult. C. ad Senatusc. Vellejan.* tamen id jure licito fieri, nec ibi, nec alibi assertum est: neque etiam similes locutiones in jure desunt, in quibus proponuntur, quæ merito metuenda, & tamen certo certius improbata sunt, *nov.* 22. *cap. sed a nobis* 18. *l. non est singuli* 176. *ff. de regul. juris.* Nec recte urseris, matrimonia sub conditione dotis dandæ contracta esse. Etenim licet convenerit, dotem nuptiis accessuram esse; nequaquam tamen ex dotis solutione, tanquam conditione, matrimonium suspensum fuit.

10. Cæterum, licet plerumque ex libera voluntate dotes dentur, dum dotis datio donationis species est

nemo autem in necessitatibus liberalis existit, *l. rem legatam* 18. *ff. de adim. vel transfer. legatis*, quidam tamen ad dotem constituendam etiam inviti cogi possunt, puta pater; quippe cujus *officium omnino esse* dicitur *dotem vel ante nuptias donationem pro sua dare progenie*, *l. ult.* vers. *neque enim leges Cod. de dotis promiss.* Nec est quod in *d. l. officii* vocabulum eo sensu accipias, ut necessitati opponatur, prout id fit in *l. in commodato* 17. §. *sicut* 3. *in pr. ff. commodati.* Non enim interpretationem illam patiuntur ea, quæ Celsus scripsit, *officium* nempe *avi circa neptem ex officio patris erga filiam pendere & quia pater filiæ, ideo avum propter filium nepti dotem dare debere*, *l. dotem* 6. *ff. de collat.* uti & quæ Marcianus ex capite trigesimo quinto legis Juliæ petita exhibet, *eos*, scilicet, *qui liberos injuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt, ex constitutione Divorum Severi & Antonini, per proconsules præsidesque provinciarum cogi in matrimonium collocare & dotare*, *l. capite* 19. *ff. de ritu nupt.* Coactionem certe & *debitum* dotis nepti dandæ propter filium, non voluntatis & arbitrii, sed necessitatis esse, communis sensus abunde dictat. Neque leviter hanc firmat sententiam, quod in rem patris creditum & versum intelligitur, si quis filiofamilias nummos crediderit, ut si eos pro sorore sua in dotem daret, *l. filiusfamilias* 17. *ff. de Senatusc. Macedon. l. & ideo &* 7. §. *ult. l.* 8. *de in rem verso.* Ut &, quod filia a patre instituta, ac rogata, *ut hereditatem alteri restitueret, si sine liberis moreretur*, recte dotem marito ex patrimonio paterno dedisse proponitur; usque adeo, ut in restituenda hereditate dos detrahi seu decedere debeat, ac si, quod superfuisset, rogata esset restituere; addita ratione, *non posse dici in eversionem fideicommissi factum, quod & mulieris pudicitiæ, & patris voto congruebat*, *l. mulier quæ* 22. §. *pen. ff. ad Senatusc. Trebell.* Quod si pater furiosus, aut ab hostibus vel latronibus captus sit, prætor aut præses definiet, quantum dotis nomine dandum sit, *l. profectitia* 5. §. 3. 4. *ff. h. t. l. si furiosi* 25. *C. de nuptiis*, vers. *his itaque.*

11. Nec refert, utrum egena an locuples sit filia legitima; cum dicta *lex ult. Cod. de dotis promissione* generaliter loquatur, & generalem etiam dotandi necessitatem præsupponat, id quod est in *d. l. cum post.* 69. §. 4. *ff. h. t.* patrem nempe, incertæ pollicitationis dotem promittentem, teneri ad congruam dotem, sine distinctione, an opulenta filia, an proprio patrimonio destituta sit; quod certe non esset, si nulla dotis dandæ necessitate fuisset pater a jure pressus. Præterquam quod etiam in confesso sit, filiæ opulentæ legitimam a patre relinquendam esse; a legitima autem ad dotem in liberis argumentum procedere, ex eo patet, quod non minus dos, quam legitima, naturalem præstationis æquitatem habeat: adeoque, si dicas cum Vinnio *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 14. *fere in fine*, vers. *hac enim mortuo*, liberis paternam hereditatem ex ratione naturali & tacita quadam lege deberi, *ex l. cum ratio* 7. *in pr. ff. de bonis damnatorum*, cogitandum erit, dotem quoque iis accenseri obligationibus, quæ *naturalem præstationem habere intelliguntur*, & ob id *capitis diminutione non pereunt; quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest*, ut Gajus disserit in *l. eas* 8. *ff. de capite minutis.* Eoque facit *d. l.* 22. §. *pen. ff. ad Senatusc. Trebel.* junct. *l. nam etsi* 15. *ff. de inof. test.* Neque diversitatis rationem ponit inter legitimam & dotem, quod legitima post patris obitum, dos vero a vivo patre debeatur; cum sufficiat, vel vivo, vel mortuo patre, similem in dote ac legitima militare pietatis simul, ac obligationis naturalis seu æquitatis rationem, arg. *l. cognovimus* 19. §. 1. *C. de haret. & Manichæis.* Non obstat, quod pater filiam locupletem alere non tenetur, *l. si quis* 5. §. *sed si filius* 7. *ff. de agnosc. & alend. liberis.* Non enim ab alimentis ad dotem argumentum procedit; eo quod alimenta tantum dantur ad usum necessarium, & ad conservationem liberorum, ne pereant inopia, dum alimenta negans necare intelligitur, perinde ac si partum abjiceret aut suffocaret, *l. necare* 4. *ff. de agnosc. & alend. lib.* adeoque alimentorum præstatio (ut ita dicam) *ad esse* atque *substinere* pertinet: ac inde cessat necessitas hujus præstationis, ubi aliunde liberis provisum est; at dotis datio non ad *esse*, sed ad *bene esse* pertinet; ut nempe filiabus optime de marito prospiceretur: ac a patre secundum officium ejus maritus iis quæreretur; quæritur vero seu allicitur dotis ostentatione ac promissione, arg. *d. l. cap.* 19. *ff. de ritu nupt.* junct. *l. pen. in fine ff. h. t.* Nec est quod regeras, dotem alimentorum loco dari. Nam & legitimam ad alimenta inductam esse constat ex *nov.* 18. *pr. & cap.* 1. & 3. dotemque propius ad legitimam quam ad alimenta accedere, vel inde patet, quod dos ipsa in legitimam imputetur, *l. quoniam* 29. *C. de inof. testam.* alimenta non item. Frustra quoque objeceris, opulentam habere, unde semet ipsam dotet, maritumque pelliciat: cum & ea ratione contendi posset, nec formosam a patre debere dotari, dum forma ipsi sat ampla dos est. Quin potius paternum officium uti non cessat ob adventitium lucrum liberis quæsitum in legitima assignanda, ita nec in dote danda; dum pater potest secundum suas vires dotem pro filia dare, & filiabus consentire, quando illæ voluerint partem, vel forte totam suam substantiam, paternæ liberalitati pro dote aggregare, *l. ult. in fine Cod. de dotis promissione.* Sic fiet ut opulentiorem atque meliorem maritum filia inventura sit, vel saltem invenire possit, *nov.* 97. *cap. quia vero jam* 5. *in med.* vers. *aut quomodo.* Non denique contrarium eruitur ex *l. ult. Cod. de dotis promissione*, eo quod æque in partem utramque ex ea lege ratiocinium institui potest, atque adeo ex ancipite illo loco nihil probari. Vide Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 95. *per tot. & præcipue num.* 14. Zoesium *ad Pand. h. t. n.* 8. 9. & dissentientem Vinnium *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 14. *in med.* vers. *præterea vero*: Carpzovium *defin. for. part.* 2. *constit.* 42. *defin.* 13.

12. Non etiam interest, filiafamilias sit an emancipata: nam si opulentam dotare necesse sit, etiam emancipata omnimodo dotanda erit; cum non alia dubitandi ratio sit in emancipata, quam quod jam sui juris existens sibi acquirat, propriumque habeat patrimonium, unde semet ipsam dotet; dum ex adverso filiafamilias nihil possidet proprium, unde dotem sibi constituat; ideoque paternum succedebat officium in assignanda dote filiæ, dotem non habenti. Corruente ergo illo argumento, omnes pro emancipata militant rationes, quæ pro opulenta do-

tanda suggestæ sunt. Atque hanc sententiam non leviter firmat *d. l. ult. C. de dotis promissione*, in cujus principio cum æque de emancipatis ac suis tractaretur, mox subnectitur; *leges non esse incognitas, quibus cautum est, omnino paternum esse officium dotem vel ante nuptias donationem pro sua dare progenie.* Nec hisce adversatur *d. l. cap.* 19. *ff. de ritu nupt.* Non enim ibi excluduntur emancipatæ; sed tantum fit mentio filiarumfamilias, quia duo simul ea lege definiuntur, videlicet coactio ad dotem dandam, & ad consensum in nuptias accommodandum. Cum ergo in solis filiabusfamilias, non item in emancipatis, quæstio de consensu ac de patre ad consensum adigendo, verti posset, necesse erat, filiarumfamilias, non item emancipatarum, Jurisconsultum meminisse. Sed quod huic deest legi, ex aliis generaliter loquentibus supplendum est. Non etiam repugnant ab Ulpiano tradita in *l. profectitia* 3. §. *si pater pro* 11. & §. 12. *l. si res* 52. *ff. h. t.* cum ibi tantum determinetur, quæ adventitia, quæ profectitia dos sit, sed non negetur, patrem insuper de suo debere dotem constituere, si prius ex filiæ emancipatæ bonis eandem constituisse intelligatur. Minus premit, quod a Juliano scriptum est, si *pater filia nomine dotem promisisset, & eam ante nuptias emancipasset, non resolvi promissionem, l. si pater filia* 44. *ff. h. t.* Non enim aliud vult Jurisconsultus quam, non perire dotis promissionem ob supervenientem filiæfam. capitis diminutionem; eo modo, quo alibi idem Julianus, ac cum eo Ulpianus, definivit, *si filiusfamilias tutelam administraverit, deinde fuerit emancipatus, remanere eum tutorem, l. si filius familias* 11. *ff. de tut. & ration. distrah.* Scilicet, cum plurima per minimam capitis diminutionem extinguerentur, sic ut ob id opus esset prætoria in integrum restitutione, placuit tamen, neque tutelas minima capitis diminutione tutoris extingui, quia hæc diminutio publica jura & publicas causas, in quibus filiusfamilias pro patrefamilias habetur, non intervertit, *l. amissione* 5. §. *ult. l.* 6. *l.* 7. *ff. de capite minutis*, neque dotium promissiones, & actiones ex promissione natas dissolvi, sed nihilominus durare etiam post capitis diminutionem, ut quandoque emancipata agat, quia hæ naturalem præstationem habere intelliguntur, *l. eas* 8. & *l.* 9, *ff. de capite minutis.* Quibus consequens est, ut omnis dubitandi ratio in *d. l.* 44. *ff. h. t.* & *d. l.* 11. *ff. de tut. & rat. distrab.* non in eo fuerit posita, quod filiæ emancipatæ dos danda non fuerit, aut emancipatus non potuerit tutor esse (contrarium enim de patrefamilias pater ex *pr. Instit. qui testam. tut. dari poss.*) adeoque per emancipationem res devenisset ad eum casum, a quo incipere non potest: sed potius in eo solo, quod per emancipationem, & generaliter per minimam capitis diminutionem, plura dissolverentur ac extinguerentur, unde videri posset, dotis quoque promissionem & tutelam emancipatione perire, si non nominatim in legibus superius adductis hæc excepta invenirentur. Adde *tit. de capite minut. n.* 2.

13. Denique nec inter filiam prima vice & iterato nubentem distinguendum est: nam & secundo nubenti dos a patre danda fuit ejusdem quantitatis; nisi tamen admodum medio tempore patris substantia decrevisset, *authent. sed quamvis, Cod. de rei uxor. actione.* Plane filiæ naturali dotem dare potest quidem si nullos legitime natos filios habet, *novell.* 89. *c. discretis igitur* 12. §. *si vero* 3. sed non cogitur: non enim id uspiam cautum est, atque insuper expeditum, filiorum filiarumque appellatione eos in dubio solos contineri, qui justis ex nuptiis, seu ex marito & uxore ejus nati sunt, patris præsertim intuitu, *l. filium* 6. *ff. de his, qui sui vel alien. juris sunt, l. quia semper* 5. *ff. de in jus vocando*, arg. *l. excusantur* 2. §. *legitimus* 3. *ff. de e cur. tut.* Longe minus filiæ ingratæ vel indignæ; quippe cui nec legitima debita est. Indignis vero annumeranda & ea, quæ, cum minorennis esset, sine patris consensu nupsit, arg. *novell.* 115. *cap. aliud quoque* 3. §. *si alicui* 11. Adde *tit. de inoffic. testam. n.* 26. Vinnium *select. quæstion. lib.* 2. *c.* 14. *circa fin.*

14. Quæ de patre dicta hactenus, etiam ad avum paternum videntur extendenda, quoties hic vel nepotem in potestate habet, vel filius intermedius non existit, aut paupertinus est, arg. *l. dotem* 6. *ff. de collation.* Sed &, si pater inops sit, maternum officium est dotem dare; cum hæc sat magna causa sit, quod filia alioquin indotata esset, arg. *l. neque mater* 14. *C. hoc tit.* Sane, si mater hæretica sit, etiam patre non deficiente lex eam in odium pœnamque hæreseos ad dotem ex suis bonis filiæ assignandam compelli voluit, *l. cognovimus* 19. §. 1. *C. de hæret. & manichæis.* Filiam quoque naturalem a matre dotari oportere, verius est; tum quia pater non apparet, cui dotis dandæ necessitas incumberet; tum quia, quantum ad matrem attinet, paris censentur conditionis ac juris esse naturales, cujus sunt ex justo matrimonio procreati, uti id in successione ab intestato, querela inofficiosi, aliisque similibus manifestum est, *l. pen. in fin. C. ad Senatusc. Orfitian. l. si suspecta* 29. §. 1. *ff. de inoff. testam.* Fratri denique imposita videtur a jure civili necessitas dotandi sororem pauperem germanam aut consanguineam, non item uterinam; adeo ut hæc justa erogandi causa sit, & tutores pro pupillis hoc agentes recte fecisse censeantur. Etenim dum Paulus scripsit, tutorem pupilli nomine dare non debere dotem *sorori alio patre natæ, etiamsi aliter ea nubere non potuit; quia, etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quæ servanda arbitrio pupilli est, l. cum plures* 12. §. *cum tutor* 3. *in fine ff. de administrat. & peric. tutor.* a contrario sensu recte intuleris, sorori ergo eodem patre natæ ad indotatæ dotem ex necessitate constituendam esse. Quamvis enim tutor pupilli nomine non debeat mittere nuptiale munus sorori pupilli, *l. tutor secundum* 13. §. *ult. ff. de administrat. & peric. tut.* non tamen inde ad dotem recte argumentum fit; cum dos favorabilior sit.

15. Mores nostros quod attinet, circa dotium præstationes ita jus est, ut commune paternum maternumque officium censeatur, dotem pro sua dare progenie, & pater eam in dubio de suis pariter ac uxoris bonis præsumatur constituisse, contra dispositionem *l. neque mater* 14. *C. h. t.* Zoesius *ad Pand. tit. pro socio n.* 45. Leeuwen *censur. for. part.* 1. *lib.* 1. *cap.* 10. *n. ult. in fine*, & *lib.* 4. *cap.* 23. *n.* 29. Groenewegen *ad. d. l.* 14. *C. h. t.* Quin imo, si pater novercam superinduxerit, cum qua ei statutaria bonorum omnium intercedit communio, (quod in Hollandia alibique, ubi cessat *l. hac edictali* 6. *C. de secund. nupt.* fieri posse monitum in *tit. de ritu nupt. n* 122.) ac filiæ prioris matrimonii dotem

constituerit, de communibus suis ac novercæ bonis eandem dedisse censeri debet, ex ratione & jure societatis universalis: ita tamen, ut apud nos liberi sic dotati, post patris obitum matri suæ vel novercæ conferre teneantur, quæ dotis titulo consecuti sunt; vel saltem pati, ut prius conjux superstes tantundem ex massa communi percipiat, antequam ad rerum communium divisionem procedatur. Collationis enim a statuto impositæ necessitas facit, ut dos talis videatur iterum ad communem massam rediisse, adeoque jure societatis universalis conjugi utrique communis effecta fuisse; secundum ea, quæ in *tit. pro socio numer.* 4. disputata sunt. Quo tamen casu, si liberi a paterna hereditate velut damnosa abstinendum putent, nihil in medium conferre tenerentur, licet nihil vicissim mater aut noverca perceptura esset; si modo nihil dolo malo, novercæ fraudandæ gratia, in dote constituenda gestum sit; uti plenius excutietur in *tit. de collation.*

16. Plane si liberi bona propria habeant, licet jure civili pater, iisdem dotem constituens, in dubio crederetur de suo eam constituisse, *l. ult. post med. C. de dotis promiss.* & in hanc sententiam responsum sit Respons. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 220. *in fine*, & judicatum, Mynsingerus *cent.* 5. *observ.* 32. *n.* 2. tamen hodie eum magis quam tutorem liberorum aut administratorem de liberorum bonis dotem in ambiguo videri promisisse, optimo jure contendit Groenewegen *ad l. ult. C. de dotis promissione*, Abr. a Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 1. *num.* 24. 25. 26. 27. D. Joh. a Someren *de jure novercar. cap.* 6. *sect.* 1. *num.* 4. Præsertim si consideres, rationem dictæ *l. ult. C. de dotis promiss.* potissimum in eo consistere, quod paternum esset officium, dotem pro sua dare progenie, adeoque pater invitus compelli potuerit, ut congruam filiæ nubenti dotem daret. Quæ ratio nunc non ultra militat, dum apud nos magis invaluit, liberum patri matrique esse, an & quantam velint liberis dotem dare, adeoque dotandi onus non amplius a juris necessitate, sed mera parentum liberalitate pendere. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 1. *cap.* 10. *num. ult.* Wesel *de connub. societ. d. tract.* 2. *cap.* 1. *numero* 18. & *seqq.* Imo uno tantum in casu moribus nostris patrem ad dotem congruam filiæ dandam compelli, pluribus exsequitur Henricus Brouwer *de jure connubior. libr.* 2. *cap.* 14. *numero* 37. quando nempe liberos majorennes suos injuria prohibet uxorem ducere aut nubere, & ob id liberi tales auctoritate publica magistratus matrimonia contrahunt, dum pater nullas allegare valet dissentiendi causas, nec alium liberis dignum sponsum sponsamve cum dotis vel propter nuptias donationis sufficientis promissione offert. Si tamen ampliorem pater dotem constituerit, quam patiebantur vires patrimonii, ad liberos dotandos pertinentis, non aliunde quam de suis propriis, aut posita communione conjugali, de communibus suis & uxoris suæ bonis videri potest promisisse, indeque quod deest supplere cogitur, ut fidem præstet. Ita post alios a Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 1. *numero* 34. Quod si ea ratione privignæ supra vires sui patrimonii dotatæ sint a vitrico, vel a propria matre ex consensu vitrici, vel a proprio patre ex consensu novercæ, cum inter binubum aut binubam & vitricum vel novercam non esset universalis bonorum communio, id quod non reperitur in liberorum substantia, non ex vitrici promittentis aut novercæ consentientis, sed tantum ex proprii parentis binubi vel binubæ bonis supplendum est; cum consensus vitrici hoc casu tantum sit solemnitas, actibus per uxorem legitime gerendis ac contrahendis necessaria, & noverca consentiens honoris ergo magis, quam ut se & sua obligaret, consensisse intelligatur: aut certe in omnem eventum vitricus ac noverca consensu suo non ultra sibi præjudicare voluisse dicendi sint, quam quatenus stante matrimonio carebunt reditibus illius quantitatis, quæ ad supplendum dotis promissæ cumulum desiderata erat. Confer D. Someren *de jure novercar. cap.* 4. *sect.* 1. *n.* 2. & *seqq.*

17. Est autem dos alia *æstimata*, alia *inæstimata*; quæ divisio potissimum *in titulo de fundo dotali* usum inveniet, & ex parte explicatur infra *hoc tit. n.* 19. Est & vel *vera*, vel *putativa*, veluti in matrimonio illegitimo, & dote prælegata, quæ non erat numerata. Alia insuper *numerata* dos est, alia *cauta*, quam scilicet datam esse, dotalibus instrumentis conscriptum est, cum nondum ulla datio, sed pollicitatio tantum facta esset. Quo casu non numeratæ dotis exceptio repetenti dotem, tanquam numeratam, opponi potest intra annum quidem a soluto matrimonio si illud non steterit ultra biennium; intra tres menses, si illud intra decennium sit dissolutum; sin postea, nullo modo, *l. in dotalibus* 3. & *auth. quod locum C. de dote cauta non numerata novell.* 100. *cap. generaliter* 2. nisi postea maritus ipse suscipiat probationem non factæ numerationis argumento eorum, quæ de exceptione non numeratæ pecuniæ dicta *in tit. de reb. creditis num.* 33. 34. Neostadius *de pactis antenupt. observ.* 11. & *in notis*, ad verba, *intra decennium*, Papon *libr.* 13. *tit.* 4. *in append. arres.* 10. Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 1. *num.* 63. & *seqq.* Plane, si non tantum cauta dos sit, sed præter confessionem instrumento dotali factam insuper apocha numeratæ dotis separatim a marito tradita proponatur, ne quidem intra tempora prædicta exceptioni non numeratæ dotis locus est, *l. in contractibus* 14. §. *sed quoniam* 1. *in fine C. de non numerat. pecun.* Quod & moribus hodiernis congruum; quatenus mariti & heredum ejus præjudicium tali numerationis confessione comprehensum est, Groenewegen *ad tit. Cod. de dote cauta non numerata*, *in pr.* Creditores enim quod attinet mariti confitentis, hi nullo temporis lapsu excludendi videntur, quo minus hac utantur non numeratæ dotis exceptione, si docere possint, numerationis confessionem creditorum fraudandorum gratia factam esse, arg. *l. nam, postquam* 9. §. *sed et si quis* 5. *ff. de jurejurando*, & *tot. t. ff. quæ in fraud. credit. facta sunt, ut restit.* Confer Mascardum *de probat. conclus.* 562. Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 3. *num.* 111. *et seqq.* (Dissentit quantum ad confessionem mariti juratam Andreas Gayl. *lib.* 2. *observ.* 81. *num.* 9.). Imo non immerito aliam exegerint numerationis probationem, quam quæ simplici apocha mariti comprehensa est. Atque hinc cautius facturam uxorem, quæ dotem sibi salvam pacta est, si coram tabellione & testibus dotem adnumeret, vel apocham a parentibus & propinquis mariti subsignari curet, monet Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 1. *num.* 65. 66. 67. Respons. Jurisc. Holl.

par. 5. consil. 18. in fine. Privatam plane de numeratione facta adnotationem parentis, qui dotem promiserat, jurejurando ejus vel morte atque insuper reliquorum fratrum sororumque testimonio firmatam, sufficere oportere ad repellendos creditores, non numeratæ dotis exceptionem opponentes merito responsum est. Responsa Jurisc. Holl. par. 2. consil. 206. vers. dankt, onder correctie op d'eerste. Dicta de non numeratæ dotis exceptione locum non habere in iis, quæ ex latere mariti in subsidium matrimonii promissa fuerunt, si per uxorem aut heredes ejus negentur illata sed soluta fuisse, contendit Groenewegen *ad auth. quod locum C. de dote cauta non numerata.* Wesel *de connub. societate tract.* 2. *cap.* 1. *num.* 71. quasi mulier maritali impedita potestate agere, vel queri de eo non potuerit stante matrimonio, agere vero non valenti non currat præscriptio. Sed, cum nulli nisi ipsi marito, neutiquam uxori in cura mariti constitutæ, numeratio fieri possit eorum, quæ ex ipsius latere promissa sunt, ac ipse sibi dare debeat, quæ se collaturum dixit, scripsit, promisit, adeoque ab eo probatio numerationis per confessionem ab uxore emissam frustra exigeretur; magis est ut in tali ambiguitate in subsidium confugiatur ad jurisjurandi religionem, quam & in non numeratæ pecuniæ exceptione post tempora, isti exceptioni præfinita, secundum mores hodiernos probatam esse, auctor est post alios Groenewegen *ad rubric. C. de non numerat. pecun. num.* 6. 7. Adde Neostadium *de pactis antenuptial. observ.* 11. Quod si dotis numeratio probata sit, etiam præsumendum videtur, factam pariter fuisse solutionem eorum, quæ doti accessura promissum fuerat, veluti si pater puellæ dotem constituerit, ac amplius mille aureos in apparatum, mundum ornatum, vestes sponsæ, & de sola dotis, non item de mille aureorum numeratione apocha per maritum data sit; si modo tempus longius a nuptiis contractis elapsum fuerit, quo neque de non solutis istis mille aureis maritus consequutus est, neque chirographum a socero exegit, aut pecuniæ illius, tanquam sortis, usuras in conventionem deduxit: eo quod probabile non est, maritum tamdiu fuisse silituram; ac contra ex eo, quod sponsa solemni ornatu ac pompa ducta fuit, præsumi debet, etiam id, unde ille ornatus ac vestitus nuptialis comparari posset, numeratum esse. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 5. *consil.* 32. & ibi citatus Ant. de Amatis *decis.* 114.

18. Præcipua dotis divisio est, quod alia *profectitia* sit, alia *adventitia.* Hæc est, quam ipsa mulier, vel pro ea extraneus dedit, vel etiam ipse pater, quoties, non ut pater, sed ut debitor ex alia causa, veluti tanquam fidejussor extranei dotem promittentis, eandem præstitit, *l. profectitia* 3. §. *si pater non* 6. *et* §. *si pater pro* 11. *ff. b. t.* vel cum ab extraneo eum accepisset in finem, ut filiæ in dotem daret, *d. l.* 5. §. *si quis certam* 9. *ff. b. t.* Sed &, si pater relictam sibi hereditatem legatumve repudiaverit dotis constituendæ causa, ut hereditas ad generum jure substitutionis aut successionis ab intestato perveniret, vel legatum jure caducitatis apud eum ut heredem remaneret, placuit adventitiam magis dotem esse, quia nihil erogavit de suo pater, sed non acquisivit, *d. l.* 5. §. *si pater repudiaverit* 5. *ff. b. t.* Profectitia dicitur, quam pater dedit contemplatione filiæ, sive in potestate retentæ, sive emancipatæ vel alius quidem, sed patris contemplatione: licet enim emancipatorum liberorum profectitium peculium nullum sit, dos tamen profectitia omnino nota est, *d. l.* 5. *pr. et* §. 1. 2. 10. *et seqq. et l.* 5. §. 1. *ff. b. t.*

18. Effectus dotis datæ est, quod maritus inde fructus percipit, & rei dotalis dominium acquirit; revocabile scilicet ac civile tantum ex fictione juris ac subtilitate, si dos inæstimata sit; irrevocabile vero ac naturale simul & civile, si æstimata data sit, ita ut æstimatio venditionis loco habita fuerit, *l. in rebus* 30. *in med. Cod. b. t. l. plerumque* 10. *pr.* junct. §. 5. *l. si rem* 14. 15. 16. 17. §. 1. *l. si ei* 25. *ff. b. t.* si enim appareat, æstimationem non venditionis causa fuisse interpositam, dum placuit, ipsas res æstimatas soluto matrimonio reddi, vel id convenit, ut soluto matrimonio non mariti, sed mulieris sit electio, utrum rem æstimatam, an pretium ejus recipere malit; magis est, ut tantum civile fictumque dominium marito credatur acquisitum esse, arg. *d. l. plerumque* 10. §. *ult. l. si mancipia* 18. *l. cum post divortium* 69. §. *cum res* 7, 8. *ff. b. t. l. quod si fundus* 11. *ff. de fundo dotali, l. æstimatis* 50. *l. pen.* §. 3. *ff. soluto matrimon. l.* 1. *Cod. eod. tit.* Quod & moribus nostris in dubio præsumendum esse, docet post alios a Wesel *de connub. societ. tract.* 3. *cap.* 3. *num.* 23. Sed &, si maxime vendendi animo æstimatio facta fuerit, maritus autem solvendo non sit, etiam tunc revocabile tantum translatum censeri dominium, ac mulier rerum dotalium extantium vindicandarum habere potestatem, a Justiniano constitutum est, *d. l.* 30. *C. b. t.* Leviora vero sunt, quæ huic mariti in res dotales dominio opponi solent. Etsi enim verum sit, duos non posse simul singulos in solidum esse dominos, si de eodem dominii genere agatur, *l. si, ut certo* 5. §. *ult. ff. commodati*, plures tamen diverso dominii genere solidum ejusdem rei dominium habere posse, ex emphyteusios directo & utili dominio, atque etiam ex hoc naturali dotis dominio, apud uxorem remanente, civili vero ad maritum transeunte, manifestum est, *d. l.* 30. *C. b. t. l. quamvis* 75. *ff. b. t.* Sed non novum est, ut quis in re sua vel dolum vel culpam præstet, quoties alius eadem in re jus aliquod habet, vel sperare potest; atque ita non obest superioribus, quibus dominium dotis marito assertum est, quod maritus in rebus dotalibus & dolum & culpam præstare teneatur, *l. si constante* 24. §. *si maritus* 5. *ff. si soluto matrimon. l. Pomponius* 6. *ff. de pactis dotal.* Cum id eatenus obtineat, quatenus mulieri, quæ naturale dotis retinuit dominium, non debuit per culpam mariti præjudicium inferri; cujus etiam naturalis dominii ad uxorem pertinentis intuitu sævitia mariti in servis *dotalibus*, tanquam *alienis*, coercenda dicitur in *d. l.* 24. §. 5. *ff. soluto matrimonio.* Nam & dominium, mores sui servi corrumpentem, actione de servo corrupto teneri creditori vel fructuario constat; quoniam his suum jus pignoris aut usufructus facto domini corrumpendum non erat aut diminuendum, *l. si quis servum* 9. §. 1. *l. ut tantum* 14. §. *si is* 3. *ff. de servo corrupto.* Sed & quatenus soluto matrimonio dos plenissimo jure ad uxorem reverti debet, non mirum, maritum, stante matrimonio dolum in ea ac culpam præstare; cum etiam heres pendente legati conditione plenum dicatur rei legatæ habere dominium, *l. generaliter* 29. §. 1. *ff. qui & a quibus manumissi liberi non fiant*, & tamen legatariis

futuris & dolum & culpam præstare obstrictus sit, *l. cum res legata* 47. §. *pen. ff. de legat.* 1. junct. *l.* 1. *pr. ff. ut legat. seu fideicommiss. serv. causa caveatur.* Frustra autem ex eo, quod ne pacto quidem inter virum & uxorem id agi potest, ut partus ancillæ dotalis (quem dotalem esse constat) inter maritum ac uxorem communis sit, juxta *l. cum post* 69. §. *ult. ff. h. t.* arguitur maritum dotis non esse dominum. Etenim, cum maritus civile, uxor naturale dotis dominium habeat, pacto tali id ageretur, ut maritus suum dominium civile communicaret uxori, uxor suum naturale dotis dominium marito, atque ita donatio inter conjuges exerceretur, jure civili improbata. Cæterum quo modo nostris moribus ex titulo dotis sine solemni traditione, & quadragesimæ solutione res jure dominii transire possint, *in tit. de acquir. rer. domin.* explicandum erit.

20. Ex eo autem, quod maritus dotis dominus est, etiam rem dotalem stante matrimonio vindicare potest, & condictione petere, tum ab aliis, tum ab ipsa muliere, si illa amoverit; etiam ejus nomine furti ac legis Aquiliæ actionem intentare, *l. ob res* 24. *ff. de act. rer. amot. l. etiam filios* 18. §. *ult. in fin. ff. soluto matrimon. l. interdum.* 49. §. 1. *ff. de furtis*, adeo ut ipsi mulieri & vendicatio & furti actio denegetur, *d. l.* 49. §. 1. *de furtis*, *l. doce* 9. *Cod. ne rei vindic.* Cæterum ita demum dominium dotis marito acquiritur, si dans ipse dominus sit: nam si is rem alienam dederit, dominium non ante quæsitum intelligitur, aut res dotalis facta, quam si ex titulo pro dote usucapta sit, *tit. ff. & Cod. pro dote l. si nuptura* 14. §. *si fundum alienum* 2. *ff. de fundo dotali*, vel consumta fuerit, ubi res fungibilis aliena in dotem data est; dote scilicet tunc ita per consumtionem convalescente, uti mutuum a non domino, vel alio jus dandi non habente, numeratum, *l. pater filiæ* 81. *ff. h. t.* junct. *l. si a furioso* 12. *l.* 13. *l. non omnis* 19. §. 1. *ff. de reb. cred.* interim verus dominus res necdum consumptas aut usucaptas evincere potest, *l. nec ullam* 13. §. *apud Marcellum* 10. *ff. de hered. petit. l. cum post* 69. §. *cum res* 7. *ff. h. t.* Quo casu quid juris sit, dictum est in *tit. de eviction. num.* 11. Odiosa vero plura in mulierum dotatarum vituperium, quas tamen & ipsi qui perstringunt, vehementius ut plurimum appetere solent, congesta vide apud Rodenburch *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 1. *num. ult.* Wesel. *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 6. *num.* 40. *& seqq.* Sed quantopere errent, qui ab indotata plus obsequii sperant, quam a dotata; disci potest ab Eubulide apud Aristœnetum *libr.* 2. *epist.* 12. cum translato in Latinum ex Græco sermone, ait, male moratæ mulieris neque ipsa inopia mansuefacere mentem potest, neque eam vel minimum facere, ut morigera sit imperiis viri: nam ego pauperem eo consilio duxeram, ne quid gravius paterer ducta divite: sed illa ab initio omnium indiga superbiam & fastum longe superavit cujusvis dotatæ conjugis: quin vix & manus abstinet, ac veluti sæva domina imperium in me exercet crudeliter, nec colens ut divitem, nec verens ut conjugem. Dos mihi hæc ab illa.

21. Doti similis in plerisque ex jure Romano est donatio propter nuptias, quæ ex parte mariti datur uxori in remunerationem & securitatem dotis: ac in plerisque pari passu cum dote ambulat respectu translationis dominii, restitutionis soluto matrimonio faciendæ, constitutionis ante matrimonium vel eo constante, augmenti, pactorum dotalium, lucri ex pacto penes superstitem conjugem remansuri, similiumque; usque adeo, ut vel augmentum fieri non debeat, nisi ex utroque latere simul, & pari quantitate, ne vel in modo subvertatur æqualitas, *l. ex morte* 9. *& auth. æqualitas*, *l.* 10. *Cod. de pactis conventis*, *novell.* 97. *præfat. & cap.* 1. §. *pen. Instit. de donation.* Fructus autem tum dotis, tum ante nuptias donationes a solo marito percipi, æquum fuit, cum maritus, non item uxor, omnia matrimonii onera solus sustineret, *l. ubi adhuc* 29. *C. h. t.* Insinuationem quoque apud acta dos non requirit; at desiderat omnino donatio propter nuptias ex latere viri, *l. ult. C. h. t. novell.* 127. *cap. illud quoque* 2. Neque tamen hæc inter dotem & ante nuptias donationem affectata tantopere æqualitas, eandem inutilem effecit ac mulieri infructuosam prorsus, cum ipsa marito superstes partem donationis propter nuptias, aut etiam totam, ex pacto dotali vel adulterio mariti, aliisque justis ad divortium causis ab eo commissis, lucrari potuerit, integram amplius receptura dotem suam. *Auth. sed quæ nihil, Cod. de pactis conventis*, *l. consensu* 8. §. *hac nisi* 4. *Cod. de repudiis*, *novell.* 117. *cap. causas autem* 9. *pr. &* §. *ult.* & stante matrimonio non dotem tantum, sed ipsam propter nuptias donationem vindicare possit, ubi maritus incipit facultatibus labi, *d. l.* 29. *& auth. donationem C. h. t.* Ipsam porro historicam commemorationem hujus donationis propter nuptias, antiquis incognitæ, mediis temporibus natæ, novissimis Justini & Justiniani constitutionibus auctæ, & plenissimo fini traditæ; & in quibus hæc a sponsalitia distet largitate, aliaque plura, tradunt Interpretes, præcipue Vinnius, & parens meus p. mem. Paulus Voet *ad* §. *pen. Insti. de donation.* Meyerus *collegio Argentorat. ad hunc tit. num.* 20. *& seqq. ad num.* 40.

22. Nullum autem hujus donationis propter nuptias usum nunc apud nos esse, vulgo traditur. Groenewegen *ad* §. *pen. Inst. de donation.* Vinnius *ad d.* §. *pen. numer.* 6. 7. Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 1. *num.* 10. *& seqq.* aliique plures ab his citati. Quod hactenus verum, quatenus & dotium ipsarum jura non amplius apud nos ex statutorum dispositione in usu sunt, ac cum dotibus hodiernis hodiernæ propter nuptias donationes nomine fere ac re exæquatæ sunt, dum utrimque ad onera matrimonii communiter sustinenda conferuntur, sed neque paris quantitatis necessitate, neque pactorum & lucri necessaria similitudine aut æqualitate: sponsa nunc sæpe plus titulo dotis conferente, atque etiam recte paciscente lucrum, dissoluto matrimonio percipiendum, quod ipsa reciproce sponso non promittit, aut vice versa. Sed quemadmodum supra monitum in principio hujus tituli, reduci pacto dotali in multis posse ipsa antiqua dotium jura ac privilegia: ita quoque nihil vetat, quo minus conventio similis de salva propter nuptias donatione, seu salvis iis, quæ ex parte mariti ad sustinenda matrimonii onera collata sunt, interponatur. Quo etiam casu, uti mulieri, dotem salvam paciscenti, jus hypothecæ legalis in bonis mariti, & ex ejus vi prælatio ante alios creditores, debiliori jure munitos, acquisita est, ut dictum ex parte in *tit. in quib. caus. pign. vel hyp. tacit. contrah. num.* 20. *in fine*, ita quoque

maritus pro recuperanda sua propter nuptias donatione soluto matrimonio legalem hypothecam in bonis uxoris, quæ onera matrimonii omnia per pactum dotale in se solam recepit, recte sibi asseruerit; convenienter iis, quæ de hypotheca legali pro recuperanda propter nuptias donatione jus civile novissimum cavit, quæque superius *in d. tit. in quib. causis pign. vel hyp. tac. contrab. num.* 20. *in medio* exposita sunt. Ut proinde cavendum omnino videatur ab iis, quæ scripsit Simon van Leeuwen *Cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 4. asserens, maritum pro recuperanda donatione propter nuptias, quam sibi salvam restitui stipulatus est, nullo privilegio munitum esse. Falso enim assertio illa laborat præsupposito, quasi hypotheca legalis pro dote recuperanda solius mulieris providentia inducta esset, §. *fuerat antea* 29. *Instit. de actionib.* & marito per jus Romanum expresse negata, *l. ult.* §. *Hæc autem* 2. *Cod. qui pot. in pign.* Nam si penitus allegata ab eo jura examinemus, apparebit primo, non hypothecam legalem, sed tantum illud privilegium prælationis ante alios hypothecarios mariti creditores, tempore prioris, (quod iniquitatis arguit Leeuwen *d. cap.* 12. *n.* 3. & merito nunc non servari monet) solius mulieris providentia inductum fuisse, hypothecam vero actioni ipsi pro dote recuperanda inductæ inhærere, ac una cum actione in quosvis transire, *d.* §. 29. *d. l. ult.* §. 1. *in fin Cod. qui pot. in pign.* (Confer quæ latius dicta *tit. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrab. num.* 18. *in med.*). Sed & secundo manifestum est ex *d. l. ult.* §. 2. *Cod. qui pot. in pignore*, marito pro recuperanda propter nuptias donatione solum denegari privilegium illud prælationis ante alios uxoris creditores, anterioris temporis hypotheca vallatos; utpote quod sola mulieris providentia pro dote recuperanda inductum, solis mulieris liberis Imperator voluit communicatum in *d. l. ult.* §. 1. *in fine*. De cætero hypothecam marito neutiquam fuisse ab Imp. denegatam, inde constat, quod in *d.* §. 2. suo loco secundum temporis prærogativam venire jubetur, seu *habere inter creditores sui temporis ordinem*, cujus temporis ordo non nisi in hypothecariis, non item in chirographariis locum habere potest, secundum principia juris, latius tractata in *tit. qui pot. in pign. num.* 16. *in med.*

TITULUS IV.

De Pactis Dotalibus.

SUMMARIA.

1. *An pacta dotalia tantum ante nuptias, an vero & stante matrimonio concipi possint jure Romano, ac moribus?*
2. *An pacta dotalia jure civili ac hodierno scripturam necessario requirant?*
3. *An pacta dotalia in scripturam non redacta, vel deperdita, cum scripta fuissent, probari possint sola conjugum confessione, coram tabellione ac testibus facta?*
4. *An pacta dotalia jure Romano ac hodierno desiderent insinuationem apud acta, aut quinque testium præsentiam, aut tabellionis adhibitionem? Cujus loci leges circa solemnia pactorum dotalium servanda sint?*
5. *Pacta hæc vel expresse vel tacite ineuntur. Si post divortium inter eosdem conjuges redintegretur matrimonium, pacta priora tacite censentur repetita; non item, si cum tertio novæ nuptiæ contrahantur; recensentur tamen quædam exceptiones.*
6. *Pacta dotalia publica clandestinis anterioribus aut posterioribus potiora sunt; nec operantur quicquam privatæ ac clandestinæ repromissiones, quod exemplis docetur; etiam in fratre fundum cum fratribus communem, ut ex asse suum, in matrimonium conferente, ac fratribus reliquis isti instrumento subscribentibus, cum clandestinam communionis accepissent confessionem.*
7. *An tales, qui nullius indigent auctoritate, pacta dotalia publica, amicorum fide firmata, mutare possint pactis clandestinis, postea sine amicorum interventu conceptis?*
8. *An & clandestina pacta censeri debeant, quæ non ipsi instrumento dotali, sed catalogo bonorum, ad pacta dotalia se referenti, inserta sunt?*
9. *Si conjuges in pactis publicis se retulerint ad aliam scripturam certo modo conficiendam, & illa vel plane non, vel non in modo facta sit, an aliquid operetur?*
10. *Qui jure civili potuerint concipere pacta dotalia? An pacta patris dotalia profuerint liberis ipsis matrimonium contrahentibus, ut inde agere potuerint? An & aliis liberis aut nepotibus sive suis sive emancipatis, si illis dotem restitui pater pactus sit? An pactum filiæ de dote matri suæ reddenda matri profuerit ad agendum aut excipiendum?*
11. *Extraneus dotem dans in continenti, etiam invita puella dotanda, pacisci potest, dotem sibi reddi, vel aliis permittere, ut illi paciscantur, sibi eam restitui: ipse aliis pacisci nequit. Ex intervallo nec extraneus, nec pater, qui dotem dedit, pacisci potest, eam sibi reddi, nisi consentiat dotata.*
12. *An ei, cui actio de dote sibi restituenda semel nata fuit, invito jus illud testamento vel pacto posteriore adimi directo vel per indirectum potuerit?*
13. *Moribus hodiernis parentes, cognati, tutores pro futuris conjugibus pacisci possunt; modo futuri conjuges illa pacta expresse aut tacite probaverint. An solus pater superstes, uti solus consentit in nuptias liberorum, ita & solus eorum nomine pacta dotalia concipere possit, operatura etiam quantum ad bona materna, an magis tutores etiam adhibendi sint?*
14. *Quo ordine species pactorum dotalium hic tractentur?*
15. *Pacta dotalia vel ad voluntatem spectant, vel ad jus, & quæ sint hæc.*
16. *Recensentur pacta plura dotalia, quæ legibus ac bonis moribus adversantur.*
17. *Enarrantur pacta reprobata, quia vel mulieres superstites reddunt indotatas, vel dotis conditionem & repetitionem faciunt deteriorem ac difficiliorem, quousque licuerit tamen pacto deteriorem reddere conditionem tum jure Romano, tum moribus?*
18. *Qualia pacta circa dotis petitionem, & lucrum valeant vel non?*
19. *Moribus hodiernis possunt conjuges pacto dotali generaliter eligere jus alterius loci circa effectus futuros sui matrimonii; si modo lex domicilii*

conjugum, aut situs immobilium non probibeat pacto caveri ea, quæ lex alterius loci pactis dotalibus electa inducit. An Ultrajectinus babens liberos primi thori possit pacto dotali eligere leges illius loci, in quo etiam in præjudicium liberorum primi thori universalis communio inter conjuges viget?

20. *Non valet pactum, ut maritus in uxoris potestate sit: vel ut maritus tyro artificii, durante tyrocinii tempore, nullam babeat auctoritatem; vel ne maritus pro uxore in judicio consistat, ne unquam domicilium mutet: ut liceat conjugibus vetitas statuto donationes inter se exercere. An valeat, ne conjux conjugi gratificetur, cum id statuto permissum esset?*

21. *Valet pactum, quo adimitur marito potestas alienandi res uxoris, cum statutum id ipsi permitteret.*

22. *Valet pactum de lucranda dote, & propter nuptias donatione, licet non sit utrimque eadem quantitas definita, vel tantum ex uno latere lucrum pacto comprebensum sit. Nec cessat pactum ob id quod dos promissa numerata non sit, aut maritus uxorem durius babuerit.*

23. *An corruat pactum de lucranda dote, si dos sub conditione vel ex die certo incertove promissa sit, & ante diei vel conditionis existentiam matrimonium dissolvatur?*

24. *Uti per mortem, ita quoque per ingressum in Monasterium effectum babet pactum de dote lucranda.*

25. *Cujus loci statuta spectanda sint in pactitio vel statutario lucro dotis?*

26. *De pacto dotali, quo universalis bonorum communio inter conjuges inducitur cum statuto non esset inducta. Quæ res veniant in banc pactitiam communionem? An & feuda?*

27. *An pacto dotali id agi possit, ut universalis bonorum inter conjuges communio regatur ex legibus alterius loci, quam domicilii mariti? An, ut in certis tantum rebus sive loco sive genere circumscriptis communio sit? An, ut certo tantum in casu, vel existente aliqua conditione demum communio sit? Quid juris, si id actum, ut conjuge sine liberis moriente bona redeant ad latus, unde provenerunt, & liberi superstites sint? An exclusa statutaria communio per id, quod cautum fuit pacto dotali, ut bona conjugum soluto matrimonio devolvantur jure successionis Aesdomicæ aut Scabinicæ?*

28. *De pacto dotali communionis acquæstuum. Exclusa per pactum universali communione, in dubio tamen communio acquæstuum locum babet; exclusa vero communione acquæstuum, longe magis universalis communio exclusa videtur. Si pacto id actum, ut demum sit communio acquæstuum post certum tempus, lucra ante id tempus quæsita non sunt communicanda, ubi tempus extiterit, sed demum post quæsita.*

29. *In communione acquæstuum, & in quæstione, quæ sub acquæstu contineatur, spectandum statutum domicilii conjugum.*

30. *Stante matrimonio quæsita fiunt ipso jure communia, licet nomine unius tantum conjugis quæsita sint.*

31. *Quicquid probari potest alterutrius conjugis proprium esse, non continetur sub acquæstu: licet in catalogo rerum utrimque collatarum non sit expressum. Sed quod non probatur alterutrius proprium, in dubio acquæstus censeri debet.*

32. *Quæ contineantur sub acquæstu, & qui de eo latius tractaverint? An quæsita ex industria, opificio, artificio? An acquisita per occupationem, cum nullius propria essent? An scelere quæsita? An liberis contemplatione parentum quæsita seu profectitia? An fructus naturales, industriales, civiles, & alia, quæ usufructuario cedunt de jure? An usus fructus alterutri conjugum ante nuptias aut stante matrimonio quæsitus? & an fructus ex jure usufructus stante matrimonio percepti, vel ex consolidatione usufructus cum proprietate, quæ ad unum conjugem pertinebat?*

33. *An in acquæstu sint res stante matrimonio emtæ? An &, si venditor adjecerit pactum de retrovendendo? Quid, si maritus ex pecunia sibi cum uxore communi emerit filio primi thori fundum aut reditum vitalitium?*

34. *An & vestes tum uxoris tum mariti causa emtæ, paratæ? An & munus venale stante matrimonio emtum?*

35. *An res emta ex pecunia, quæ ab uno conjugum in matrimonio collata est, vel redacta ex venditione rei unius conjugis? An & res allodiales quæsitæ ex permutatione rei, quæ unius conjugis propria fuerat?*

36. *An & prædia feudalia, stante matrimonio e emtione aut permutatione quæsita?*

37. *An & bereditas, stante matrimonio emta: vel, cum conjux ex parte beres esset, pars altera, quam coberes accepta pecunia conjugi cessit? An & pars dimidia, si marito soror ejus paternam bereditatem ex asse cesserit, cum posset dimidiam illam partem jure suo vindicare?*

38. *An fundus, a cognato uxoris aut mariti venditus, ac stante matrimonio per conjuges retractus? An fundus, quem a cognato uxoris emit maritus, & quem uxor jure sanguinis potuisset retrabere? An utile dominium empbyteuseos aut feudi quod maritus ex jure directi dominii, sibi aut uxori competentis, extraxit?*

39. *Non veniunt in communionem acquæstuum, quæ stante quidem matrimonio re ipsa acquisita, sed quorum causa acquirendi est matrimonio antiquior, licet quædam stante matrimonio ob id erogata sint. An res ante nuptias emta, sed stante matrimonio tradita, cum & pretium stante matrimonio esset de communi numeratum? An res uni conjugum ante nuptias vendita sub conditione, quæ demum post nuptias contractas extitit? An res aliena ante nuptias emta, sed cujus intuitu conjux emtor usucapionem stante matrimonio implevit?*

40. *An res, quæ stante matrimonio per sententiam judicis conjugi uni, tanquam ejus propria, adjudicata est? An, quæ ex transactione stante matrimonio remanet penes conjugem, tanquam ipsius propria?*

41. *An res mariti vel uxoris, quæ ab bostibus captæ, jure postliminii stante matrimonio reversa, vel redemta est? An fundus mariti vel uxoris, qui ante matrimonium vel simpliciter vel cum pacto de retrovendendo est venditus, ac iterum stante*

matrimonio redemtus? An res ante nuptias ab alterutro conjuge vendita, si stante matrimonio per legem commissoriam appositam aut per remedium l. 2. de rescind. vend. *venditio resolvatur?*

42. *An res, quæ ante nuptias fuerant unius conjugis, si stante matrimonio jus ejus diminutum, aut e converso auctum sit? An dominium directum, si maritus suum, aut uxoris fundum in feudum aut emphyteusin dederit? An jus census, aut jus patronatus, in dotem Ecclesiæ aut sub lege census annui fundus datus sit? An fundus ante nuptias emtus, si stante matrimonio propter motam litem ex* l. 2. de rescind. vend. *pretium suppletum sit, vel venditori quid datum sit, ut remittat pactum retrovenditionis, sub quo conjux ante nuptias fundum emerat? An bona conjugis fideicommisso gravata, si stante matrimonio deficiat conditio fideicommissi?*

43. *An hereditates, legata, donationes, quæ vel ab extraneis vel a propinquis seu sanguine junctis obveniunt uni conjugum stante matrimonio? Ubi & de donatis marito a Principe, vel cum in legatione occupatus esset. Et quid, si remotiores cognati legato vel institutione honorati sint, præteritis proximioribus vel aliis æquo propinquis? Quid si tales, qui sanguine quidem juncti, sed per statutum non vocantur ab intestato?*

44. *Quid juris, si marito per extraneum sit legatum vel donatum munus venale, vel fundum, quæ sua natura individua sunt?*

45. *Quid, si extraneus uni conjugum expresse donaverit, aut legaverit, ne id cederet communioni, vel vice versa cognatus voluerit, ut legata vel donata conjugi utrique acquirantur. Quid, si modica tantum, puta munera solemnia ex more marito vel uxori a cognatis data sint?*

46. *Si pacto dotali id pactum sit*, ut bona utrinque illata redeant ad latus unde profecta, *nec hereditatis aut legati postea obventuri mentio facta, an tunc hereditates, legata, donationes, contineantur sub acquæstu? An & tunc, cum simpliciter id actum, ut lucrum, & damnum stante matrimonio obveniens commune sit?*

47. *An sub acquæstu contineantur pensiones, usuræ, quarum dies ante nuptias, vel soluto demum matrimonio cessit? An fructus naturales ante nuptias, vel soluto matrimonio percepti? An alluvio, insula ante fundum nata; incrementa pretii rerum illatarum? Notatur jus singulare Hollandorum circa alluviones prædiorum unius conjugis.*

48. *Damni eadem quæ lucri ratio, licet nihil de damno, sed tantum de lucro pactum dotale conceptum sit. Damnum æqualiter diminuit conjugis utriusque patrimonium, licet dispar quantitas utrimque collata sit. In quibus differat hæc acquæstuum communio à societate juris Romani simpliciter inita? ubi & de impensis in morbum unius conjugis. Non semper argumentum procedit a societate simpliciter inita ad acquæstuum inter conjuges communionem.*

49. *An sub damni communione contineantur interitus, diminutio, depretiatio rerum unius conjugis? An interitus navis, quam unus conjugum exercuit, aut reditus vitalitii? Et quid, si res æstimata in matrimonium collata sint?*

50. *An æs alienum stante matrimonio contractum? An & debita conjugum matrimonio antiquiora vel dotes ab uno conjuge liberis prioris thori, stante secundo matrimonio data? Qua occasione de pacto dotali*, ne bona uxoris pro debitis mariti matrimonio antiquioribus excutiantur. *An illud insinuatione aut tabellionis præsentia indigeat, aut inventario bonorum cujusque conjugis? An non iniquitate laboret?*

51. *An posita sola lucri & damni communione, etiam fidejussio, tutelæ administratio, & similia uxorem gravent? Quomodo uxor per solemnem bonorum abdicationem liberari possit ab ære alieno stante matrimonio contracto?* remiss.

52. *De pacto dotali*, ut mulier dotem salvam habeat, nec lucri aut damni stante matrimonio evenientis particeps sit. *An in Hollandia prosit mulieri contra creditores hypothecarios, qui stante matrimonio crediderunt? Quid, si crediderint in familiæ sustentationem? Quid apud Ultrajectinos & Frisios operetur talis pactio?*

53. *De pacto dotali*, ut mulier electionem habeat, utrum dotem salvam habere velit, an lucri & damni stante matrimonio evenientis particeps esse: *Hollandis placet, non item Ultrajectinis; & quæ sit justitia ejus? An & sponsus ita sibi electionem pacisci possit? & quis electus, si ita pactus sit?*

54. *Pactum hoc* electionis *an & quo usque prosit heredibus mulieris tum descendentibus, tum extraneis?*

55. *Si conjuges ita pacti in Hollandia, alio deinde migrent, ac tandem rursus in Hollandiam redeant, ac utrobique maritus contraxerit, an & quibus creditoribus tale pactum obsit?*

56. *Uxor hanc pacta electionem, pro marito tamen fidejubere potest.*

57. *De pacto*, ut mulier omni casu dotem salvam habeat, ac insuper dimidiam lucri partem; *vel* ut præter dotem salvam aliquid amplius lucretur. *Non habet tunc in Hollandia prælationem ante creditores; sed inter ipsos conjuges pactum operatur.*

*57. *De pactis dotalibus agentibus de* futura successione, *vel conjugum inter se; vel tertii in bona conjugum; vel tertii in bona liberorum a conjugibus ad liberos profecta, ubi & de electione juris Aesdomici vel Scabinici, aut alterius regionis; vel denique conjugum in bona tertii in pactum dotale consentientis. Qui scripserunt de hisce pactis?*

58. *An & quando pacta dotalia de feudorum successione sine domini directi consensu aut ratihabitione valeant?*

59. *Ex pactis dotalibus agi potest, si nuptiæ secutæ, nec pacta dotalia mutata sint. An voluntate conjugum per actum inter vivos mutari possint, consentientibus illis, quorum interest?*

60. *Si testamento mutanda sint, an expressa & specifica eorum revocatione opus sit?*

61. *An, si parentes aut extranei dotem conjugibus dederint, cum pacto dotali, ut ad se vel ad certas alias personas designatas dos soluto ma-*

trimonio revertatur, conjuges in præjudicium istius pacti disponere testamento possint? Et quid, si parentes aut alii dotem dantes tantus generaliter pacti sint, ut bona redeant ad latus unde profecta?

62. *Si conjuges bona propria contulerint, cum pacto, ut alter alteri succedat, vel cum exclusione statutariæ communionis, unus altero invito mutare testamento nihil potest; nec communi consensu in locis illis, ubi gratificatio inter conjuges ne testamento quidem fieri potest. In Hollandia id fieri potest communi consensu. Sed ultimus superstes adhuc pactis dotalibus stare potest, si nullum ex testamento conjugis defuncti commodum agnoverit; imo & clam altero adhuc vivente rursus mutare voluntatem: nec tunc specifica voluntatis prioris revocatione opus est, sed generalis sufficit.*

63. *An conjuges, qui propria bona contulerunt, & pacto dotali caverunt, ut bona redeant ad latus illud unde profecta, vel certas personas sibi successuras designarunt, pacta talia dotalia testamento mutare simul & separatim possint? An & post mortem conjugis conjux superstes respectu suæ successionis, cum conjuges simul disposuissent, quo modo ac ordine post conjugis ultimo superstitis mortem in bona communia successio fieret? Et quid, si conjux de conjugis alterius bonis ex ejus consensu testatus sit?*

64. *An mutatio conjugibus permissa, si illi, quibus per pactum dotale erat destinata successio, ex voluntate conjugum bona sibi restitui in iisdem tabulis dotalibus pacti sint?*

65. *Si conjuges tabulis dotalibus caverint de sua futura successione, an hoc ipso censeantur revocasse sua testamenta pactis dotalibus anteriora, quibus alios instituerant?*

66. *Si conjuges pactis dotalibus caverint, quo modo liberis suis sine prole decedentibus succedi debeat, an tunc conjuges illum ordinem præfinitur mutare possint? An & ipsi liberi in contrarium testari, aut bona inter vivos alienare?*

67. *Si tertius, sive parens futurorum conjugum, sive cognatus aut extraneus, pacto dotali promiserit, successionem sponso sponsæve, an testamento id mutare possit in Hollandia, Ultrajecti, in Frisia, alibique?*

68. *An in casu, quo successio pactis dotalibus delata non potest testamento mutari, fideicommisso gravari possit qui successurus est? An non in casu, quo per pactum dotale æqualis successionis promissio facta est? An non tunc omnibus successuris diminui possit spes successionis, aliis simul institutis? An non per alienationem rerum actu inter vivos?*

69. *Cujus loci statuta spectanda sint circa mutabilitatem aut immutabilitatem pactorum dotalium?*

70. *An pacta dotalia extendenda de casu in casum? An, quod pactis omissum est, ex jure Romano an statuario decidi debeat?*

71. *An non possit in non expressis colligi mens paciscentium ex probabilibus conjecturis. An ad id admittendum argumentum a contrario sensu, vel a minori ad majus? An expressum in uno oppositorum subaudivi debeat in altero? Quæ exemplis exponuntur.*

72. *An pacta dotalia obscura habere possint interpretationem a pactis circa dotes aliis liberis datas conceptis? Pacta de dote concepta, etiam in dubio obtinent in dotis argumento.*

73. *An subaudiatur tacita conditio*, si sine liberis, *cum parentes paciscuntur, ut mortua in matrimonio filia, dos ad se redeat?*

74. *Pacta dotalia strictam recipiunt interpretationem. An pacto, ut mobilia omnia maneant penes superstitem, actiones contineantur? Pactum, ut bona* redeant aut restituantur *in dubio uno actu impletur. Si pater liberis materna eorum bona in dotem det, cum pacto,* ut redeant ad latus unde profecta, *an hoc ipso se et suos exclusisse, ac soli materna lineæ pactus fuisse videatur? An, si cautum ut liberis conjugum sine prole ulteriore morientibus bona devolvantur ad proximiores, succedantque liberis, an vero qui ipsis parentibus proximiores sunt?*

1. Nuptiarum promissioni, ac dotium constitutioni pacta dotalia adjici, non modo Romanis in more fuit positum, sed & nunc gentibus plerisque frequens est. Eaque non modo ante nuptias, sed & stante matrimonio interponi, jus civile videtur permisisse. Cum enim stante matrimonio dotem, ac propter nuptias donationem constitui, atque etiam ante constitutam augeri placuerit; ratio nulla fuit, cur non & circa dotes, & donationes tales stante matrimonio pacta conventa iniri possent; si modo pactis hisce, matrimonii contractu posterioribus, mulier haud circumscripta fuisset, aut deterior reddita dotis causa, aut donatio inter conjuges vetita induceretur, *l. 1. l. si pater 12. §. ex pactis 1. l. si inter 24. l. quaris 28. ff. h. t.* junct. *l. cum maritus 29. ff. h. t.* Nostris tamen moribus pacta dotalia ante nuptias celebrari, necessarium omnino est: eo quod, quum primum matrimonium a conjugibus legitime contractum est, nec pactis dotalibus effectus ejus circumscripti in antecessum fuerunt, incipiunt mox omnia habere locum, quæ statutis cauta sunt; cum conjuges, nihil nominatim paciscentes, intelligantur hisce sese in matrimonio contrahendo conformasse, Hugo Grotius *manud. ad Jurispr. Holl. lib. 2. cap. 12. num.* 5. Neostadius *de pactis antenupt. observ.* 8. & *ibid. in notis*, Groenewegen *ad l. 11. C. ad Senatusc. Vellejan.* Mævius *ad jus Lubec. lib. 1. tit. 5. art. 7. num.* 85 Wesel *de connub. societ. tract. 2. cap. 1. num.* 8. & 114.

2. Neque ad pactorum horum dotalium perfectionem scriptura opus est, si modo aliunde illa probatione habeant, *l. ad evictionem 6. C. de dotis promissione l. unic. §. 1. & §. ult. in fine C. de rei uxor. act. l. cum circa 16. C. de jure dot. novell. 117. cap. 4.* Licet enim sæpissime instrumentorum dotalium in jure nostro mentio sit; non tamen eorum adhibendorum necessitas invenitur imposita, paucis exceptis casibus singularibus, firmantibus communes juris regulas in casibus non exceptis, secundum quas scripturæ fiunt, ut quod actum est facilius probari possit: cæteroquin & sine scripto valent, quæ acta sunt, aliunde habeant

probationem, *l. cum contrahitur* 4. *in fine ff. de pignor. & hypoth. l. in re* 4. *ff. de fide instrum. l.* 1. *C. eod. t.* Casus vero excepti fuerunt, si illustres personæ Romanæ, non Barbaræ, matrimonium contraherent, *Auth. maximis C. de nuptiis, d. Novell.* 117. *cap.* 4. si quis libertinam suam duceret in uxorem, *auth. sed novo jure C. de nuptiis, Novell.* 78. *cap. si quid* 3. ac denique si imparis conditionis homines matrimonio jungerentur, *l. imperialis* 13. §. *itaque* 1. versu, *dum tamen C. de nuptiis.* Hoc vero jus, quod nempe scriptura ad validitatem pactorum dotalium non absolute necessaria sit, moribus quoque hodiernis multorum probatum est; usque adeo, ut firma etiam tunc credita fuerint in Hollandia & Ultrajecti, cum id actum fuit, ut de pactis dotalibus scriptura conficeretur, & ea deinceps secuta non sit; si modo aliunde probationem habeant, Neostadius *de pactis antenupt. observ.* 18. & 19. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 149. & *consil.* 164. quæ & maxima ex parte firmantur placito Ordinum Hollandiæ de chartæ sigillatæ adhibitione 23. *Julii anno* 1677. *art.* 48. 49. Daventriæ tamen & aliis vicinis in locis scripturam omnino ex præscripta statuti confectam requiri; adeo ut ea deficiente, nulla pactis vis adsit, sed dispositio statuti circa nuptiarum effectus locum sibi vindicet, monet Simon van Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 12. *num.* 9. Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 1. *num.* 5. & *seqq.*

3. Quod si vel nulla de pactis dotalibus scriptura facta sit, vel deperdita, quæ facta fuerat, vel ita cancellata, ut legi nequeant, utrum tunc ex sola conjugis utriusque, vel alterutrius declaratione, coram tabellione ac testibus per testamentum aliudve instrumentum publicum facta, qua profitentur, qualia ante nuptias pacta dotalia concepta fuerint, sufficiens pactorum dotalium probatio fieri possit, in obscuro est. Distinguendum videtur, utrum confessio talis, per conjuges stante matrimonio emissa, solis præjudicet conjugibus, an & creditoribus conjugis alterutrius damnosa sit. Nam si per eam creditoribus præjudicium adferri possit, dum forte maritus ante nuptias ultra patrimonii vires obæratus (aut e converso uxor obærata) profitetur, exclusam fuisse pacto dotali statutariam bonorum communionem, ac insuper id actum fuisse, ne de debitis matrimonio antiquioribus uxor teneatur, atque ita non totum creditum obtinerent creditores, qui integrum potuissent consequi debitum, ubi jure statutariæ communionis semis facultatum uxoris opulentæ fuisset marito quæsitus; verius est, alia ratione, quam simplici tali conjugum confessione, dotalium pactorum sententiam probandam esse; eo quod hujusmodi confessio a marito emissa unius tantum testis, ejusque ex affectione, & præsumta gratificandi voluntate summopere suspecti, depositionem contineat; cum tamen certi juris sit, testis unius, licet præclaræ curiæ honore præfulgentis, adeoque omni exceptione majoris, testimonium audiri non oportere, *l. jurisjurandi* 9. *C. de testibus*, confessionem etiam, utcunque juratam, quam quis vel testamento vel aliter emiserit de sui patrimonii quantitate, nullum creditoribus præjudicium generare, *novell.* 48. *cap.* 1. *pr.* junct. §. 1. denique ne ratum quidem manere jusjurandum, quod debitor obæratus, ut suam in fraudem creditorum diminueret substantiam, vero suo detulerat debitori, si hinc juraverit, se nihil debere, *l. nam, postquam* 9. §. *sed & si quis* 5. *ff. de jurejurando.* Radelantius *curiæ Ultraject. decis.* 120. *num.* 1. Mascardus *de probation. conclus.* 359. *confessio facta in testamento an inducat probationem n.* 18. Quod si ex adverso solum conjugis alterutrius ac heredum præjudicium in tali vertatur conjugum de pactis dotalibus confessione; videndum, utrum inter conjuges gratificatio testamento facta per leges firma esse possit, vel inter vivos facta morte conjugis donantis confirmetur, secundum ea, quæ & Romanis placuerunt; an e contrario omnis tam inter vivos, quam voluntate suprema exercita in conjugem a conjuge liberalitas per statutum reprobata sit. Priori in casu nihil occurrit, cur non conjuges & sibi & heredibus suis per talem de pactis dotalibus certo modo initis confessionem nocituri essent; cum in omnem eventum confessio debiti, testamento facta, legatum seu fideicommissum continere intelligatur, ac ob id quantitas vel res, confessione tali comprehensa, omni modo per heredes præstari debeat, licet maxime probare parati sint, nihil a defuncto debitum esse, *d. novell.* 48. *cap.* 1. *l. cum quis decedens* 27. §. *codicillis* 5. *ff. de legatis* 3. Plane, si confessio illa conjugum in Hollandia testamento facta, uxori superstiti damnosa sit, ac ipsa post obitum mariti inficias eat, pacta ulla dotalia ante nuptias concepta fuisse, & se maritali ductam reverentia, non ex vero confessionem emisisse dicat, ac jurare parata sit, audienda foret, si de cætero commodis supremo judicio per maritum datis renunciare, & simpliciter communioni statutariæ, pactis dotalibus haud derogatæ, sibique magis proficuæ stare velit, Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 82. 83. Sed si in iis versemur terminis ut omnis inter conjuges liberalitas, sive testamento sive inter vivos collata, irrita sit; magis est, ut sufficiens ad probanda pacta dotalia non sit confessio conjugum stante matrimonio qualitercunque facta, si aliæ probationes aut indicia manifesta desint. Cum enim ista confessione alterutri conjugum peritura, ac alteri adjicienda essent commoda illa, quæ jure communionis statutariæ ex nuptiis, sine pacto dotali initis, quæsita sunt: non potest non inclusa esse confessioni isti gratificatio inter conjuges statuto damnata; atque adeo verum est, in fraudem statuti hæc omnia geri, ut, qui ex liberalitate conjugis capere nequeunt, conficta pactorum dotalium nuspiam apparentium confessione lucrum captent; quod ferendum non esse, variis legibus aperte comprehensum est, *l. qui testamentum* 27. *ff. de probationibus l. cum quis decedens* 37. §. *Titia* 6. *ff. de legat.* 3. arg. *l. si forte uxor* 8. *ff. de castrens. pecul.* Adde Radelantium *d. decis.* 120.

4. Licet autem scriptura non opus fuerit, tamen ad solemnitatem ac firmitatem pactorum dotalium insinuationem apud acta requisivit jus civile, quoties dotes & propter nuptias donationes, quingentorum solidorum transcendunt quantitatem; adeo ut, si maritus, aut alius propter nuptias donationem constituens neglexerit insinuationem, nullum ex dote lucrum, pactis dotalibus expressum, exigere possit: salvo interim mulieri eo, quod ex pacto dotali lucrari ipsa potest, utcunque insinuatio prætermissa fuerit; quippe cujus necessitas marito soli, vel saltem ex parte ejus, non item uxori, injuncta est, *auth. eo decursum C. de donat. ante nupt.* Quod vero quinque testium præsentiam Zoesius *h. t. n.* 4. 5. Wessembecius

paratitl. ff. h. t. n. 4. aliique nonnulli requirunt in pactis dotalibus, quasi in iis, quatenus agunt de lucranda dote, de futura tractaretur successione, arg. *l. pactum* 40. §. *ult. ff. de pactis*, id juri Romano conveniens non est: quippe quo tantum ex testamento vel lege successio delata fuit; at pactis nequaquam (ut dictum *t. de pactis n.* 16.) ac ne dotalibus quidem, ut, si id actum fuerit tabulis antenuptialibus, ut uxor viro, vel vir uxori succedat, vel ne filia, dote accepta, ulterius ad paternam veniat hereditatem, aut e converso succedat æqualiter, ipso jure nullum fuerit habitum pactum tale conventum, *l. hereditas* 5. *C. h. t. ff. de pactis conventis*, *l. pactum dotale* 3. *C. de collation. l. pactum quod* 15. *C. de pactis*. Quid, quod nec nostris moribus, quibus pacta dotalia de futura tractari successione permissum est, illa quinque testium adhibitio necessaria est, dum nec ad ultimas voluntates ille testium numerus adhiberi debet. Et quod attinet pactorum dotalium insinuationem apud acta, eam plures desiderant, ut notat Franciscus de Barry *de successione lib.* 2. *t.* 3. *num.* 12. post Petrum Gregorium Tholosanum, Maynardum, Peregrinum aliosque: ac in Hollandia, eam exegit placitum Ordinum Hollandiæ 30 *Julii* 1624. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 375. quoties fideicommissi clausula pactis dotalibus circa res immobiles inserta est; sed id non observari, monet Groenewegen *ad l. ult. C. de jure dot.* Ultrajecti tamen id novissime in usum revocatum est per *novellam const. Ultraject. anni* 1659. *art.* 22. De cætero ne tabellionis quidem adhibitione opus est, sed privatus contrahentium consensus & amicorum utrinque junctorum fides, subscriptione præsertim declarata, sufficiens est, etiamsi placuisset pacto dotali, ne conjux pro conjugis debitis matrimonio antiquioribus inquietetur. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 53. Ultrajecti tamen si pactio talis de debitis matrimonio antiquioribus concipienda sit, tabellionis publici fides omnino exigitur ad eum effectum, ut creditores vi pacti dotalis repelli possint, si eum voluerint conjugem convenire, cum quo contractus celebratus non est, *novell. const. Ultraject. anni* 1659. *art.* 6. In quæstione autem, quæ solemnia pactis dotalibus adhibenda sint, spectanda videtur consuetudo loci, in quo illa bona fide concepta sunt, licet alibi immobilia sita sint, quæ ex pactis illis regi debent. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 205. Adde *t. de const. Principum*, parte altera, *de statutis n.* 13. 14.

5. Iniri possunt pacta dotalia vel expresse, quod manifestum satis, vel tacite. Qua ratione, sub pacto expresso, *ut in matrimonio sine liberis defuncta filia, dos patri restituatur*, tacite comprehensum est pactum contrarium, ut liberis exstantibus dos ad patrem non revertatur, *l. inter socerum* 26. §. *cum inter* 2. *ff. h. t.* Sed &, si matrimonium divortio dissolutum, ac postea novo divertentium consensu redintegratum sit, eadem pacta dotalia tacite nuptiis repetitis præsumuntur apposita, quæ in prioribus, divortio diremtis, concepta erant, *l. dotem, quæ* 30. & 31. *l. Divus* 40. *l. post divortium* 64. *ff. de jure dot. l. pen.* §. *uxor.* 5. *ff. soluto matrim.* Quod & a nostris moribus haud alienum puto, si conjuges post divortium solemniter factum solemniter iterum in concordiam nuptiasque revertantur, Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 4 *n.* 47. & *seqq.* Brouwer *de jure connubior. lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 11. Plane, si pater puellæ dotem sibi reddi, filia in matrimonio mortua, pactus, ac postea capitalis criminis damnatus, publicationem bonorum passus sit, fisco, nulla ad dotem petendam actio data fuit, si filia post verum divortium iterum cum marito eodem in matrimonium conveniat, ac deinceps moriatur, quasi pactum dotale non ad secundas nuptias, sed tantum ad primas, pertineret, *l. inter socerum* 26. §. *ult. ff. h. t.* forte, quia tempore nuptiarum renovandarum pater jam condemnatus, atque ita vel supplicio consumtus, vel morte civili incapax redditus, non potuit videri de novo pactus esse, sibi post mortem filiæ dotem reddi. Simili modo neque dotis datio, neque pacta dotalia in redintegratis inter eosdem post factum divortium nuptiis, censeri debent repetita, quoties extraneus dotem dedit, *eamque sibi in casum mortis & divortii reddi* stipulatus est; nisi ex consensu ejus, aut si ipse mortuus sit, ex consensu heredis ejus, matrimonii renovatio facta sit, *l. cum maritus* 29. §. *Titius* 1. *ff. h. t.* arg. *l. dotis promissio* 68. *ff. de jure dot. l. in insulam* 42. §. *ult. ff. soluto matrimon.* Neutiquam vero pacta, prioribus nuptiis apposita, in dubio intelligi debent in secundis repetita, ubi non inter eosdem renovatur matrimonium, sed mulier post mariti prioris obitum, aut divortium, alterius viri conjugium secuta est; de quo casu agit *l. cum pater certam* 9. *ff. de legatis* 2. & hoc quoque suadent circumstantiæ, quæ occurrunt in *l. pen.* §. *uxor* 5. *ff. soluto matrim.* & *l. post divortium* 64. *ff. de jure dot.* dum utrobique ponitur facti species, qua mulier post divortium alteri viro juncta fuit, ac dissoluto hoc secundo matrimonio, iterum cum priore marito nuptias redintegrat; ac nullo modo inquiritur, an & secundo marito eadem censeri debeat facta esse dotis pactio atque promissio; sed id unum, an renovati postea cum marito priore nuptiis, dos eadem repetita videatur, ubi nihil de dote actum est: ex quo probabile, ne dubium quidem fuisse, quod in dubio repetita non fuerit habita in nuptiis cum alio contractis dotis prioris promissio, aut pactio dotalis, cum priore marito celebrata. Quibus accedit, quod pacta inter alios interposita aliis neque nocere, neque prodesse possint; quod tamen fieret, si & dotes & dotium pacta in nuptiis secundis cum alio initis censerentur repetita. Sande *decis. Fris. lib.* 2. *t.* 2. *def.* 3. Exceptio tamen haud difficulter admittenda fuerit, si pater filiæ iterato nubenti eandem dotem dederit; uti ad id tenetur jure civili, quoties non admodum facultates ejus diminutæ sunt, arg. *auth. sed quamvis Cod. de rei uxor. act.* Quibus consequens est, errasse plurimos, dum nimis generaliter dotes cum omnibus suis qualitatibus in secundo matrimonio in dubio repetitas scribunt, inter quos Andreas Gayl. *libr.* 2. *observ.* 81. *num.* 7. & 8. Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 7. *defin.* 18. *in fine*, & quos magno numero citat ac sequitur Menochius *de præsumt. libr.* 3. *præsumt.* 6. *num.* 25. & *seqq.*

6. Sed & secundo, uti sponsalia vel publica, vel clandestina sunt; ita quoque pacta dotalia alia quidem palam, alia vero clam, ac ignaris iis, quorum interest, contrahuntur. Quemadmodum autem sponsalia publica clandestinis sive prioribus, sive posterioribus potiora sunt; ita quoque pacta dotalia palam inita, & contrahentium consensu, atque amicorum fide firmata, prævalebunt iis, quæ contra ista pacta publica clam antea vel postea fuerunt conven-

ta. Quod magno auctorum numero firmat Groenewegen *ad l. 4. C. de dotis promissione*, Wesel *ad novell. const. Ultraject. art.* 8. *n.* 2. Hinc si pater puellæ, cum deprehenderet, ob dotem tenuiorem filiæ dandam, difficiliores fore ad consensum parentes proci, jam amoris œstro perciti, jam forma, jam niveo colore, jam oculis Cinthiæ radiantibus misere capti, palam amplam dotem promiserit, clam vero cum adolescente amatore remotis arbitris id egerit, ut tantum tertiam quartamve aut aliam minorem promissi partem petat, placuit omnem illam privatam conventionem neque parentibus aut heredibus sponsi, neque ipsi sponso nocituram esse, quo minus integræ dotis palam promissæ exactionem faciant. Idemque in sponso juris est, si is suo parenti proprio, palam dotem amplam constituenti, clam promiserit, se dote minore contentum fore. Non enim fraudibus hisce, quibus mortales etiam prudentissimi, capi, decipi, ac circumveniri facile possunt, indulgendum fuit; prout etiam aperte cautum in *novella const. Ultraject. art.* 8. ac pluribus exsequitur Abr. a Wesel *ad d. art.* 8. Nec his dissimile est, si frater sponsus prædia sibi cum fratribus communia, tanquam ad se ex asse pertinentia, tabulis dotalibus in subsidium matrimonii contulerit, iisque fratres ac sorores subscripserint, postquam a fratre sponso clandestinam obtinuerant communionis confessionem, *Appendix decisionum, post responsa Juris. Holl. par.* 3. *vol.* 1. *pag.* 52. vers. *ymand hebbende.*

7. Quod si nuptiæ inter eos contrahendæ sint, qui nullius auctoritate sive in nuptiis contrahendis, sive in pactis dotalibus concipiendis opus habent, veluti inter viduos viduasque majorennes, & eos quidem parentibus orbatos, ac inter eos pacta dotalia publice superstitibus utrimque necessariis seu sanguine junctis absoluta fuerint; deinceps autem privata conventione clandestina sponsus aut sponsa remiserint quid de iis commodis, quæ publicis ex pactis sperare potuerant, etiam tunc pacta publica effectum sortiri debere, verius est. Licet enim eo casu & sponsus & sponsa liberum habeant rerum suarum arbitrium, nec inhibitum sit, communi consensu a pactis prioribus publicis per alia pacta posteriora itidem publica in totum aut pro parte resilire, adhibitis saltem propinquis ex illo latere, cui pacta posteriora præjudicium pariunt, arg. *l. pacta novissima* 12. *C. de pactis*, Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 79. tamen si clanculum posteriora concepta fuerint, nihil publicis derogare debent; quia non tam ex libera voluntate, quam potius ex metu, aut minis, aut impotenti amore, nihil privatim negante, profecta videntur, ac talia sæpe continent, quæ nec alter publice rogare præsentibus propinquis sustinuisset tanquam iniqua, nec alter, propinquorum præsentium consilio salutari adjutus aut adjuta, roganti concessisset, nunc vero, captato inter suavia & basia blanditiarum & illecebrarum tempore opportuno, a callido amatore aut amasia sagaciore emendicata atque extorta sunt; dum experientia compertum fuit, intemperantes usque adeo & immoderatos exstitisse tum masculos tum fœminas, ut non modo res suas, sed & liberorum prioris thori bona vitamque censuerint novis amoribus addicenda esse, *l. lex, quæ* 22. *fere in fine C. de admin. tut.* junct. *l. non est enim.* 4. *ff. de inoff. testam.* Sane si nihil iniqui posterioribus pactis clandestinis contentum putent, quorsum latebras quærunt? sin injusti aut iniqui desiderii conscientia testes fugiant, non est, quod doleant, denegati sibi partam clandestinis actis emolumenti non æqui spem. Confer Tuldenum *ad t. C. de pactis conventis num. ult.* Abr. a Wesel *ad novellas const. Ultraject. d. art.* 8. *num.* 14. & *seqq.* Si tamen clandestinis pactis nihil in præjudicium pactorum publicorum comprehensum sit, sed vel augmentum dotis tantum, vel pactorum publicorum interpretatio sola contineatur, sustinenda videntur, quæsita clam facta sunt, arg. *l. heredes palam* 21 §. *si quis post* 1. *ff. qui testam. fac. poss.* Wesel *ad d.* art. 8. *n.* 21. 22.

8. Clandestinis porro pactis ea quoque jure accensueris quæ, non in ipso instrumento antenuptiali, sed tantum in catalogo bonorum, ad quem sese paciscentes in instrumento dotali respectu quantitatis rerum conferendarum retulerunt, comprehensa sunt: cum non sufficiat, pacta hæc fieri contemplatione matrimonii, sed in ipso matrimonii contractu, præsentibus atque intelligentibus negotii arbitris, fieri debeant, Barry *de succession. lib.* 2. *t.* 3. *n.* 8. *fere in pr.* versu, *nam ut valeat*, August. Barbosa *ad l.* 15. *C. de pactis num.* 7. Sande *de fundis Gelriæ tract.* 1. *t.* 2. *cap.* 3. *n.* 6. Wesel *ad novell. const. Ultraject. art.* 7. *n.* 10.

9. Sed &, si in pactis dotalibus palam conceptis futuri conjuges sese ad aliam quandam scripturam, postea conficiendam, retulerint circa quantitatem lucri dotis aut alia similia, non modo inutilia erunt illa pacta, ubi nihil eorum, de quibus relatio erat facta ad aliam scripturam, scriptum fuerit, verum etiam, si non eo modo, quo pactis publicis dotalibus id præfinitum fuerat, scriptura concepta sit. Qua ratione, cum aliquando pactis id actum fuisset, ut certa pecuniæ quantitas soluto matrimonio præstaretur, *quæ dorso pactorum dotalium perscripta inveniretur*, neque postea quicquam tale in dorso præscriptum appareret, sed alia quadam cedula reperiretur adnotatum, responsum merito fuit, nullam isti scripturæ, aliter conceptæ quam pactis placuerat, vim tribuendam esse, cum non constaret de relato, arg. *l. si quis ita* 38. *l. esse toto* 77. *ff. de hered. instit. auth. si quis in aliquo C. de edendo.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 303.

10. Pacta dotalia concipere possunt vel ipsi conjuges, *l. Atilicinus* 17. *ff. h. t.* vel parentes eorum, adeo ut ex pactis parentum non tantum ipsi liberi matrimonium contrahentes, sed & alii parentum paciscentium liberi, quibus illi dotem reddi stipulati sunt, alios sibi obligatos habeant, utiliterque agere possint, sive adhuc in sacris paternis tempore pacti fuerint constituti, sive jam emancipati, sive primi sive ulterioris gradus sint, nepotes neptesve. Quod ita favore nuptiarum ac dotis & liberorum affectione contra juris regulas receptum est; cum alioquin alteri per alterum actio non acquiratur, ac ne filiæ quidem emancipatæ per patrem avumve, *l. Gajus Sejus* 45. *ff. soluto matrimon. l. pater* 7. *C. h. t. de pactis conventis*, nisi illi qua heredes patris paciscentis considerentur a patre paciscente, arg. *l. tale pactum* 40. §. *ult. ff. de pactis.* Nec obstat illud Pomponii, *per filiam patri acquiri quidem posse, per patrem filiæ non posse*, *l. cum dos* 7. *circa med. ff. h. t.* Etenim id eatenus verum est, quatenus actiones filiæ in potestate retentæ non acquiruntur ex paterna stipulatione, sed ipsi pa-

tri jure patriæ potestatis, sic ut non intersit, an pater sibi an suæ filiæfamilias pactus sit, arg. *l. & heredi* 21. §. *non autem* 2. *ff. de pactis*. De cætero patrem sibi, aut post mortem suam suis filiisfamilias posse stipulari, quasi collato stipulationis effectu in tempus tale, quo non amplius paternæ potestatis vinculo constricti tenebuntur, sic ut tunc utili actione agere possint, expeditum est ex *l. quodcunque* 45. §. *si ita* 2. *ff. de verbor. oblig. l. si ita* 2. *l. pater* 23. *ff. h. t.* Cujacius *tract.* 7. *ad Africanum ad d. l.* 23. *ff. h. t.* Sed & quantum ad liberos emancipatos, quibus dotem reddi pater stipulari potuit secundum ante dicta, non adversatur rescriptum duplex Imperator. Diocletiani & Maximiani in *l. cum patrem* 19. *l. si genero* 26. *C. de jure dot.* nec non Gordiani in *l. pactum dotale* 4. *C. h. t. de pactis conventis*. Cum enim idem Diocletianus & Maximianus etiam auctores sint dictæ *l. pater* 7. *C. t. de pactis conventis*, ac in ea rescripserint, patrem, pro filia dotem dantem, ex pacto de dote nepotibus restituenda non potuisse *nepotibus actionem quærere*; utilem *tamen iis ex æquitate accommodandam esse*; dici potest, eos in *d. l.* 19. *&* 26. *C. de jure dotium*, ex juris communis rigore rescripsisse, sed tandem in *d. l. pater* 7. *C. h. t.* in id inclinasse, ut utilis actio nepotibus ex avi pacto, aliisque similibus, ex æquitate quadam daretur, convenienter responso Pauli Jurisconsulti, qui, postquam primo ex generalibus juris fundamentis pro eo disputasset, nullam nepti ex avi materni pacto actionem de dote dandam esse, tandem tamen utilem ei actionem indulsit, addens, *favore nuptiarum, & maxime affectione personarum, ad hoc decurrendum esse*, *l. Gajus Sejus* 45. *ff. soluto matrim.* Nec est, quod *d. l. si genero* 23. *C. de jure dotium* videatur recentior, quam *d. l. pater* 7. *C. h. t. de pactis conventis*, dum *legis* 26. subscriptio habet *datum* VI. *Calend. Jan. ipsis CC. & conss.* 294. *legi* vero *septimæ* subscriptum est, *datum* XIV. *Cal. Jan. Nicomediæ CC. conss.* 294. Etenim illa annorum, ad Salvatoris nostri nativitatem relationem habentium, adjectio privatæ tantum auctoritatis est; quippe gentilium Imperatorum rescriptis haudquaquam conveniens, neque certum omnino, illo anno constitutionem illam *legis septimæ* emissam esse; dum non eo tantum anno, sed & aliis temporibus insequentibus, puta *anno* 299. 303. 304. iidem CC. id est Cæsares, simul consulatum obtinuerint. Cumque in *d. l.* 7. primo negent actionem quæri, uti id negaverant in *d. l.* 19. *&* 26. *C. de jure dotium*, deinceps vero eidem *legi* 7. subjecerint temperamentum rigidi juris, accommodata utili actione, non immerito conjecturam feceris, posterioribus demum consulatus sæpius repetiti annis *d. legem septimam* conceptam fuisse. Qua occasione observandum ulterius, etiam pactum filiæ dotem dantis, ac matri suæ paciscentis restitutionem ejus, temperamentum aliquod benigna interpretatione recepisse, sed non tam amplum aut insigne; dum matri quidem ex tali filiæ suæ pacto non directa tantum, sed & utilis actio denegata fuit, verum tamen hactenus pactio talis matri profuit, ut, si heres puellæ matri pecuniam dotis solverit, viro contra placita petenti dotem exceptio obstiterit, *l. inter socerum* 26. §. *filia* 4. *ff. h. t.* Confer de his Donellum, aliter in nonnullis sentientem *ad l.* 38. §. 17. *ff. de verbor. oblig. num.* 60.

11. Quod si extraneus pro puella dotem dederit, sibi quidem ipsi in continenti dotis restitutionem pacisci potuit suo arbitrio, invisa etiam ipsa puella dotanda, *l.* 1. *l. ex morte* 9. *in fine C. h. t. de pactis conventis*, *l. ob res* 20. §. 1. *ff. h. t.* vel etiam aliis, ad quos dotem soluto matrimonio redire voluerit, permittere, ut illi sibi dotis restitutionem stipulentur in continenti, tempore dotis constitutæ; neutiquam vero ipse pacisci aliis aut stipulari, dotem iis restitutum iri, *l.* 1. §. 1. arg. *l. cum maritus* 29. §. 1. *&* 2. *ff. h. t. l. cum patrem* 19. *C. de jure dot.* Plane, ubi dos semel ab extraneo simpliciter constituta fuit, is ex intervallo ne sibi quidem stipulari dotis restitutionem potest, nisi in id ipsa consenserit nupta, cujus intuitu dos data fuit. Cum enim semel mulieri ex adventitia dotis donatione jus natum fuerit soluto matrimonio dotem sibi repetendi, non potest ei invitæ jus illud auferri per interpositam ab extraneo de dote sibi reddenda stipulationem, *l. unic.* §. *accedit* 13. *C. de rei uxor. act. l. ex morte* 9. *in fine C. de pactis conventis*, *d. l. ob res* 20. §. 1. *ff. h. t.* Quid. quod ne pater quidem ipse, qui pro filia dotem de suo dedit, ex intervallo pacisci potest ita, ut pactum illud jus agenti tolleret vel minueret filiæ, sed utriusque, patris nempe ac filiæ, persona in paciscendo tunc necessaria sit, *l. soluto* 2. §. *quod si* 1. *ff. soluto matrimon. l. cum dos* 7. *ff. h. t.*

12. Sed & vice versa, ei, cui actio de dote restituenda semel nata fuit, sive ipse sit, qui dotem dedit, sive ex voluntate dantis alius dotem sibi reddi stipulatus sit, testamento adimi non potest illud jus quæsitum *l. cum maritus* 29. §. *ult. ff. h. t.* nisi ab adimente hæres institutus sit, & ita prohibitus in testamento dotem repetere, *l. si stipulatio* 2. *C. de jure dot. l. cum quis decedens* 37. §. *nuptura* 4. *ff. de legatis* 3. Vel nisi mulier dotem dans, extranei quasi procuratoris ministerio usa, ei dotis restitutionem stipulari mandaverit; cum eo casu heredes mulieris contra illum habeant mandati actionem pro recuperandis ex stipulatu quæsitis; ac proinde mulier recte illa, quæ extraneus sic ex mandato fuit stipulatus, tanquam ad heredes suos reversura, legare marito potuit, *l. Seja* 111. *ff. de dote præleg.* Qua ratione etiam a Paulo responsum est, mulierem, quæ de suo dotem dederat, & matrem adhibuerat, quæ stipularetur, (scilicet tanquam procuratricem) potuisse postea instrumentum dotale mutare, *l. mulier bona* 72. §. *ult. ff. de jure dot.* Vel denique, nisi dotem dans mulier extraneum donationis causa stipulari permiserit, & postea illum fideicommisso gravet; valebit enim fideicommissum, quasi ille extraneus esset mortis causa donatarius, dum in casum mortis mulieris sibi dotem reddi stipulatus est; qualis fideicommisso gravari potest, *d. l. Seja* 11. *ff. de dote prælegata*, junct. *l. cum pater* 77. §. *eorum* 1. *ff. de legatis* 2. *l. ab eo* 9. *C. de fideicommissis*. Porro uti regulariter non testamento, ita nec pacto post intervallum interposito, quo mulier alteri permittit dotis repetitionem, diminui aut tolli potest jus ad dotem repetendam alteri primo dotis constitutæ momento natum; usque adeo, ut nec filia, cui pater dotem dederat, postmodum paciscendo circa dotem illam patri ullo modo noceat, sed sibi soli; nisi pater adjecta quoque filiæ persona experiatur, *d. l. cum dos* 7. *in med. ff h. t.* Cui ne contradicere videatur Ulpianus in *d. l. soluto* 2. §. *quod si* 1. *ff. soluto matrim.* non inepte cum Pacio responderis, inspiciendum esse,

qua mente filia pactum interposuerit; utrum ita, ut sibi soli noceret, adeoque tantum ipsa sui juris effecta careret dotis repetitione, eaque alteri competeret ex mulieris voluntate post interposita; an vero id agere voluerit, ut non sibi modo adimeret dotis repetendæ jus, sed & illam perimeret actionem, quam pater non solus, sed adjecta filia persona experturus, habet. De priore casu accipiendam esse *dictam leg.* 7. de posteriore *dictam legem* 2. §. 1. Pacius *enantioph. cent.* 5. *n.* 56.

13. Mores nostros quod attinet, licet alius pro alio pacisci possit, ut dictum *tit. de pactis num.* 12. *in fine*, adeoque & parentes & cognatos & tutores pro futuro sponso vel sponsa conventiones antenuptiales celebrare, nihil vetet; si modo pactionibus talibus scienter prudenterque consentiant & acquiescant illi, quorum nomine facta sunt: tamen, si ignaro penitus sponso vel sponsa, alii horum nomine pacta conceperint antenuptialia, nec comprobatio eorum verbis vel rebus ipsis ac factis ex certa scientia subsecuta sit; nullum illa futuris conjugibus præjudicium allatura sunt, nec statutariam impeditura communionem, velut ex nuptiis sine pacto dotali contractis nascentem, Responsa Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 164. 165. Utrum autem pater solus superstes, uti solus consentit in nuptias liberorum minorennium, ita quoque solus eorum nomine pacta dotalia concipere possit, quæ etiam ad bona sponsi sponsæque propria, a parente eorum prædefuncto profecta, sese extenderent; an vero tutorum a prædefuncto parente datorum auctoritas atque arbitrium necessarium sit, magnis aliquando animis Ultrajecti agitatum; ubi, cum Urbis Trajectinæ judices pro patre pronunciassent, eamque sententiam Curia Provincialis confirmasset; in supremo tamen revisionis tribunali pro tutoribus judicatum fuit; litem illam prolixe referente Abrahamo a Wesel *ad nov. constit. Ultraject. art.* 14. *n.* 35.

14. Quia vero ingens pactorum dotalium numerus atque variatio tum in jure Romano, tum præcipue secundum mores hodiernos occurrit, consultum censui in hac pactorum dotalium tractatione primo loco præmittere, quæ conventiones nuptiales, jure Romano notæ, licitæ illicitæve habitæ fuerint, ac simul, quæ ex hisce per mores mutata sint: tum deinde recensere usu frequentiorum apud non pactorum dotalium species, nobilioresque circa ea controversias, qua poterit fieri brevitate, ventilare.

15. Jure quidem civili, æque ac hodierno, pacta dotalia ad duas species reduci possunt; quod nempe alia ad voluntatem pertineant, puta, *ut mulier ex dote promissa se alat, & donec nupta sit, dos ab ea non petatur*, aut *certam summam viro præstet & ab eo alatur*, & his similia: alia ad jus, veluti, *quando dos petatur*, *quemadmodum reddatur*; in quibus non semper contrahentium voluntas servatur, *l. si pater* 12. §. *ea pactis* 1. *ff. h. t.* sed demum, si neque juri adversentur aut bonis moribus, *l. unic.* §. *illud etiam* 16. *C. de rei uxor act. l. illud* 5. *ff. h. t. l. hereditas* 5. *C. h. t. de pact. conv. l. juris gentium* 7. §. *generaliter* 16. *l. si unus* 27. §. *pacta qua* 4. *ff. de pactis*, nec mulieres etiamnum superstites reddat indotatas, *l. si convenerit* 2. *ff. h. t. l. quamvis* 3. *C. h. t. de pact. conv.* nec conditionem dotis faciant deteriorem, *l. Pomponius* 6. *l. de die* 14. *& seqq. ff. h. t.* nec denique inæqualitatem inducant inter dotem & propter nuptias donationem, *auth. æqualitas C. h. t. de pactis conventis*, de quo postremo actum latius *in tit. de jure dot. n.* 20. 21.

16. Legibus aut bonis moribus adversatur pactum, quod tendit ad matrimonii dissolutionem, aut concedit fundi dotalis alienationem; (de quibus alibi) aut inducit stante matrimonio prohibitam inter conjuges donationem, *l. quidam* 22. *in fine*, *l. quaris* 28. *ff. h. t.* quove id convenitur, ut filia dote contenta de cætero non veniat ad paternam hereditatem, *l. pactum dotale* 3. *C. de collat.* ut maritus in plus, quam facere potest, dotis nomine teneatur, *l. alia causa* 14. §. 1. *ff. soluto matrim.* ne ob res donatas vel amotas, vel impensas necessarias, ipso jure dotem minuentes, agatur, *l. illud* 5. §. 1. 2. *ff. h. t.* aut ut fructus dotis concedantur mulieri, vel in dotem convertantur, vel in æris alieni uxorii solutionem erogentur; nisi vel ipsa uxor simul tunc sustineat in totum aut ex parte onera matrimonii, vel aliunde marito succurratur in vicem fructuum, vel ea fuerit manifesta mens paciscentium, ut, subducto eo, quod creditoribus mulieris solvi debet, tanto minus in dote sit, aut fructus ipsam dotem faciant, fructuumque fructus marito pro sustinendis matrimonii oneribus cedat, aut alia quacunque ratione id caveatur, ne sterilis marito dos sit, *l. si convenerit* 4. *l. cum pater* 11. *l. si pater* 12. §. *ex pactis* 1. *ff. h. t. l. si quis pro* 21. §. *si uxor* 1. *ff. de donat. inter vir. & uxor.* Ut tamen sustineatur circa fructus pactum, ut fructus anni postremi, soluto matrimonio necdum percepti, in universum mulieris lucro cedant, cum alias essent pro rata dividendi, *l. pen. ff. h. t.* atque etiam dissoluto jam matrimonio non inutiliter caveatur, ne ob res donatas aut amotas, aut impensas necessarias agatur, *l. ob res* 20. *pr. ff. h. t.*

17. Superstites mulieres indotatas facit pactum, ut dissoluto quomodocunque matrimonio dos penes mariti heredes remaneat, aut, ne omnino dos mulieri reddatur; cum mulier marito supervivens, aut divortio per culpam viri contingente dimissa, ea ratione dote destitueretur, *l. si convenerit* 2. *l. ut autem* 16. *ff. h. t. l.* §. 1. *ff. de dote præleg.* Quibus accensendum & illud, quo maritus cum uxore, quæ per jurgium discesserat, postmodum reversa paciscitur, ne amplius dotata sit, quasi dotis dispendio, seu pretio quodam, concordiam redemtura; *l. si liberis* 27. *ff. h. t.* Dotis vero conditionem deteriorem reddit, ac ob id inutile est pactum, quo id agitur, ut maritus solum dolum in dote præstet: licet enim id recte conveniat, ut de levissima quoque culpa maritus in rebus dotalibus teneatur, qui alioquin ex sola levi obnoxius est, atque insuper aliis in contractibus pactio de solo dolo præstando reprobata non sit, *l. si ut certo loco* 5. §. *nunc videndum* 2. junct. §. *interdum* 10. *ff. commodati*; tamen id ita jure singulari favore nubentium in dote obtinuit, *l. Pomponius* 6. *ff. h. t.* Quod tamen hodie mutatum ait Groenewegen ad *d. l.* 6. Simili modo licet quisque debitori suo longiores solutionis inducias indulgere possit, quam lex secundum negotii cujusque naturam præfinivit; tamen id circa dotis stipulationem conveniri nequit, ut longiore die, id est, tardius, a soluto matrimonio dos reddatur; non magis, quam ne omnino reddatur, *l. de die* 14.

15. 16. *ff. h. t.* Et usque adeo tardior hæc dotis restitutio Romanis displicuit, ut si, nominatim pactum conventum ante nuptias inter virum & uxorem factum esset, *ut quibus diebus dos data esset, iisdem divortio facto redderetur*, ac post quinquennium, quam nuptiæ factæ essent, uxor dotem dedisset; divortio tamen facto non post quinquennium, sed statuto legibus tempore dos restituenda fuerit; quasi ea pactio maturiorem quidem dotis restitutionem operari posset, si & maturius a nuptiis contractis dos data fuisset; non item tardiorem, *l. Atilicinus Proculo* 17. *ff. h. t.* Nec adversatur *l. avus* 10. *ff. h. t.* cum ibi pro verbis *pro nepote suscepisset*, cum Cujacio *lib.* 11. *observ.* 29. legendum videatur, *pro nepte sua dixisset*, eo quod Pomponius in *d. l.* 10. *h. t.* in fine ait, ita Celsum scribere; Celsi vero verba proponuntur in *l.* 33. *ff. de pactis*, & habent *avus neptis nomine, quam ex filia habebat, dotem promisit, & pactus est, ne a se, neve a filio suo dos peteretur &c.* Illa ergo emendatione admissa, non de dote restituenda, sed de promissa exsolvenda, adeoque dilata numeratione dotis dandæ, in *d. lege* 10. quæstio est, id vero recte conveniri, patet *ex l. cum pater* 11. *ff. h. t.* Plane soluto jam matrimonio si convenisset inter virum & uxorem, *ut longiore die dos redderetur*, custodiri id pactum debuit, si justa esset causa conventionis, *l. licet manente* 18. *ff. h. t.* Sed &, si pater pro filia dotem promisisset, *ut annua, bina, trima, quadrima, quinto anno dos a se redderetur*, id est, præstaretur, & convenisset, *ut iisdem diebus dos soluto matrimonio restitueretur*, pactum valuit, si filia patri heres extitisset, & interveniente ea pactum conventum fuisset, *l. aliud* 19. *h. t.* Præterea hactenus pacto deteriorem placuit fieri potuisse dotis conditionem, ut marito permissum fuerit pacisci, ne nomen debitoris illius, qui dotem promisit, suo, sed uxoris periculo esset, *l. Pomponius* 6. *ff. h. t.* Denique moribus nostris illæ nimis scrupulosæ definitiones, quibus pacto deterior reddi non potuit dotis conditio respectu restitutionis tardioris, rejectæ sunt, ac pactis talibus firmitatem fidemque plenissimam tribuendam esse docet Groenewegen *ad l.* 6. & *ad l.* 12. *& seqq. ff. h. t.*

18. Considerandum insuper, pacta alia circa dotis restitutionem occupari. Dotis petitionem concernens pactum non omne valet: nam si id agatur, ne promissor invitus dotem solvere compellatur, magis est, ut ipsa dotis promissio inutilis sit, nec quicquam in obligatione esse intelligitur, *l. ult.* §. 1. *ff. h. t.* Quod si convenerit, ne dos constante matrimonio petatur, pactumque sit in rem conceptum, servandum non est; eo quod juxta illud numquam daretur exactio dotis, adeoque & dotis promissio inutilis marito efficeretur, & mulier ipsa redderetur indotata, *l. cum pater* 11. *l. si pater* 12. §. *ex pactis* 1. *in fine ff. h. t.* At si in personam conceptum sit, dum forte pater dotem promittens paciscitur, ne a se stante matrimonio dos petatur, servanda conventio est, cum utilis adhuc maneat dotis promissio, post mortem quippe patris paciscentis habitura exactionem, *d. l. cum pater* 11. *ff.* [illegible] *avus nepti* 33. *ff. de pactis*, ac de tali pacto personali agit *l. Bebius* 30. *ff. h. t.* Cujacius *lib.* 4. *observ.* 24. Brunemannus *ad d. l.* 30. *ff. h. t.* Dotis lucrum respicientia pacta toties fuerunt valida, quoties demum post mortem mulieris debebant effectum sortiri; atque adeo pacisci potuit vel ipsa mulier, vel pater ejus, ut ipsa in matrimonio defuncta, dos penes maritum pro parte, vel in totum remaneat, *l. si pater* 12. *in pr. l. inter socerum* 26. §. *cum inter* 2. *ff. h. t. l. si convenit* 6. *C. h. t. ff. de pactis conventis.* Sed cum moribus nostris vi communionis statutariæ maritus paupertinus opulentæ uxoris patrimonium pro parte dimidia lucrari possit; nihil nunc vetat, quo minus pacto dotali id agatur, ut apud mariti heredes pars dotis remaneat, pars sola mulieri superstiti restituatur, Groenewegen *ad d. l.* 12. *& seqq. ff. h. t.* Adde *n.* 22. *& seqq. h. t.* De pactis dotis restitutionem concernentibus præcedente numero actum est.

19. Nostris porro moribus omnia servanda pacta dotalia, quæ neque rationi naturali & honestati, neque bonis moribus contraria sunt, neque statuto vel consuetudine improbata. Concipique possunt arbitrio paciscentium non modo plures pactiones specificæ de hoc vel illo casu aut negotio singulari, sed & generaliter, dum paciscentes quantum ad effectus nuptiarum sese referunt ad hujus vel illius loci leges atque consuetudines, certos nuptiarum effectus delineantes, seu quando jus certæ regionis eligunt, secundum quod matrimonia contrahenda effectus productura sint; veluti, si Frisii pacto dotali caveant, se circa bonorum communionem aliaque usuros Hollandici juris dispositione; vel contra Hollandi matrimoniorum suorum effectus ex lege Frisica regi velint; vel si id agatur, ut non secundum leges domicilii mariti, sed uxoris, matrimonium contractum intelligatur, Chassenæus *ad consuetud. Burgund. rubr.* 4. §. 2. in verb. *secundum generalem consuetudinem, num.* 9. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 29. Ant. Matthæus *paræm.* 2. *num.* 67. Abr. a Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 1. *num.* 104. Si modo in loco domicilii mariti, vel in loco situs bonorum immobilium, non sint statuta prohibitoria eorum, quæ jure alterius loci electo recepta atque probata sunt: neque enim Ultrajectinus, secundas nuptias contrahens, liberosque habens primi thori, satis recte elegerit jus talis loci, in quo etiam existentibus primi thori liberis universalis bonorum omnium communio probata est. Idemque de aliis similibus judicium esto, ut pluribus docet Rodenburch *de jure conjugum tractat. prælim, de statutor. diversit. tit.* 3. *par.* 1. *cap.* 4. *num.* 1. *& num.* 5. *ac seqq.* Adde *tit. de constit. Principum*, parte altera, *de statutis, num*, 18. *&* 20.

20. Pacta specialia quod spectat, operæ pretium fuerit præcipua quædam excutere, quæ reprobanda videntur; tum deinde licitorum commemorationem instituere, ac quorundam nobiliorum explicationem pleniorem. Illicitum ante omnia censeri debet pactum, quo id agitur, ut maritus in uxoris suæ potestate sit; quippe quo & jus naturæ & constitutus jure divino imperandi ac parendi ordo in totum evertitur, ac debita marito reverentia pessum it, arg. *l. alia causa* 14. §. 1. *ff. soluto matrim.* Rodenburch *de jure conjugum tit.* 4. *cap.* 1. Cui non omnino dissimile, adeoque etiam improbandum illud, quo id agit vidua, tyroni nubens, ut is, toto tyrocini tempore, non habeat auctoritatem, nec mercaturam sine uxoris consensu exerceat; ut post Charondam *en ses Pandectes l.* 2. *c.* 24. *p.* 281. *in pr.* Abrahamus a Wesel *ad no*[illegible]

constit. Ultraject. art. 7. n. 3. & *de connubiali bonorum societate tr.* 2. *cap.* 1. *n.* 106. uti & pactio dotalis, qua placet, ne maritus pro uxore in judicio consistat; sed ut ipsa pro se litigatum est, Wesel *d. art.* 7. *n.* 4. & *d. tr.* 2. *cap.* 1. *n.* 111. Adde *tit. de judiciis num.* 14. *in fine*, aut ne maritus unquam domicilium mutet: ut tamen contra pactum tale migrans, aliquando uxori ad id, quod interest, teneri possit; de quo latius egi *ad tit. de judiciis n.* 101. Tuldenus *ad tit. C. de nuptiis n.* 4. Rodenburch *de jure conjug. tract. prælim. de statutor. diversit. tit.* 4. parte altera, *cap.* 1. *n.* 1. & *seqq.* Wesel *d. tr.* 2. *cap.* 1. *n.* 107. & *seqq. ad n.* 111. ibique alii citati. Rata quoque habenda non sunt pacta, quibus licentia conjugibus concederetur agendi ea, quæ in apertam juris statutarii incurrunt prohibitionem, veluti, ut liceat conjugibus inter se veritas a lege donationes exercere, ut liceat sibi invicem testamento proprietatem relinquere, cum lex municipalis omnem ultra usumfructum gratificationem inter conjuges interdixisset, arg. *l. quidam fundum* 22. *in fine ff. h. t.* & *l. quod sponsæ* 4. *C. de donat. ante nupt.* Wassenaar *pract. judic. cap.* 11. *n.* 73. Rodenburch *de jure conjug. tract. prælim. de statutor. diversit. tit.* 3. *par.* 1. *cap.* 4. *n.* 5. 6. 7. Wesel *d. tract.* 2. *cap.* 1. *num.* 112. & *ad novellas constit. Ultraject. art.* 7. *n.* 5. ibique plures allegati. Idemque dicendum de pactis illis, quibus tollitur aut coarctatur inter conjuges licentia gratificandi, quæ per leges aut consuetudines loci cujusque permissa invenitur: veluti, ne conjux conjugi usumfructum Ultrajecti, aut in Hollandia proprietatem leget: utpote quod repugnat testandi libertati, Wesel *d. tr.* 2. *c.* 1. *n.* 113. Ut tamen per indirectum pactionis talis effectus obtineri possit; quoties scilicet non ipse conjux sua bona in matrimonium confert, sed parentes ejus aut extraneus de suo dotem dant, ex lege, ut soluto matrimonio dos certæ personæ restituatur; quippe cui deinceps per conjugis dotatæ testamentum adimi non posset ex antenuptiali conventione quæsitum dotis repetendæ jus; de quo latius infra *h. t. n.* 61.

21. Contra, validum vulgo creditur pactum dotale, per quod marito adimitur facultas alienandi res uxoris dotales, ubi illa ipsi statuto concessa est; eo quod talis pactio non jam ad diminuendam maritalem potestatem, quam potius ad id, ut res dotales mulieri tanto magis salvæ sint, videatur interposita: unde & rerum contra pactum tale conventum alienatarum, aut obligatarum vindicatio uxori heredibusque ejus permissa est, arg. *l. hac leg.* 8. *C. h. t. de pactis conventis.* Jacobus Coren *consil.* 7. Neostadius *de pactis dotalibus observat.* 21. & *in notis.* Hugo Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 39. Groenewegen *ad princ. Instit. quib. alien. licet vel non, n.* 6. & *ad l.* 30. *C. de jure dot. n.* 6. Adde *tit. de fund. dot.*

22. Pactum quoque de lucranda dote, vel propter nuptias donatione non modo moribus hodiernis comprobatum, sed & multifariam ampliatum est; cum non præcise desideret illam, quam jus Romanum exigebat, æqualitatem quantitatis, sed in casum dissoluti matrimonii sponsus superstes possit majus, quam sponsa, sibi lucrum pacisci, & vice versa; imo nihil vetet, quominus vel solus sponsus, vel sola sponsa lucrum dotis, aut ante nuptias donationis sibi paciscatur, nihilque vicissim ex suis rebus a conjuge superstite præcipiendum promittat, ut dictum *tit. de jure dot. n. ult.* Nec cessat hodie effectus pactionis de dote dotisve parte lucranda conceptæ, quod maritus forte uxorem suam durius habuerit, de domo expulerit, verberibus plagisque male mulctaverit. Quamvis enim ista in uxorem sævitia atque durities exemplo gravis atque reprehendenda sit; tamen ob id neque ex legibus, neque ex moribus invenitur pactitio illo dotis lucro privatus, si modo secundum Carpzovium mors ex hujusmodi plagis haud sit secuta, *defin. forens. par.* 3. *constit.* 26. *defin.* 6. Sicut nec ob id, quod dos, aut propter nuptias donatio, quæ promissa fuerat, ex parte aut in totum per moram promissoris soluta non sit, Groenewegen *ad auth. sed qua C. de pactis conventis.*

23. Quod si ipsi dotis promissioni dies vel conditio adjecta sit, simulque pactum de lucranda dote vel parte ejus, supervenerit autem matrimonii dissolutio, antequam dies vel conditio extiterit, ac quæratur, num & tunc pactum de lucranda dote, vel propter nuptias donatione effectum sortiri debeat; inter certum & incertum diem aut conditionem distinguendum videtur. Si enim dies certus dotis promissioni sit appositus, veluti de ea post *annum* a contractis nuptiis danda, & mense sexto dirimatur morte conjugium, magis est, ut anno lapso conjux superstes recte petere possit eam dotis donationisve post annum promissæ partem, quæ pacto de dote lucranda comprehensa erat. Cum enim ea obligationis in diem certum conceptæ natura sit, ut statim nascatur, seu dies ejus statim cedat, *§. omnis* 2. *Institut. de verbor. oblig. l. cedere diem* 213. *in pr. ff. de verbor. signif.* ac sola solutio in tempus additum dilata intelligatur, usque adeo, ut & ipsa legata, quorum sola solutio in diem dilata est, ad hæredes legatariis transmittantur, cum legatarius ante diem moritur, *l. centesimis* 46. *in pr. ff. de verb. obligat.* junct. *l. si post* 5. *pr.* & *§.* 1. *l. Firmio Helliodoro* 26. *§.* 2. *ff. quando dies leg. vel fideic. cedat*, & hæc ipsa in dotis quoque constitutione probata sint, *l. Julianus scribit* 20. *ff. de jure dot.* non debuit jus illud, jam tum e nuptiarum initio natum ad dotem suo tempore petendam, censeri peremtum morte conjugis, ante diem solutioni appositum contingente; saltem non quantum ad eam partem, quæ ex pacto de lucranda dote penes superstitem remansura est. Neque enim potest eatenus videri soluto jam matrimonio dotem superstes dolo malo petere, quasi mox iterum restituturus, contra *l. dolo facit* 8. *ff. de doli mali* & *met. except.* & quasi jam dotis petendæ causa (puta matrimonium) fuisset perempta; cum utique causa petendi sit interposita pactio de dote lucranda; quæ & ipsa in causa est, quod petat tunc superstes id, quod redditurus non est, Petrus Heygius *par.* 1. *qu.* 33. *n.* 6. Petrus Barbosa *ad tit. soluto matrim. ad rubr. par.* 4. *n.* 5. 6. Abr. a Wesel *de connub. societ. tr.* 2. *cap.* 1. *n.* 55. 56. Nisi nominatim dotis datio seu numeratio in pacto de lucranda dote, vel statuto, inveniatur prærequisita. Confer Manticam *de tacitis & ambig. convent. lib.* 12. *tit.* 5 Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 79. Tyraquellum *de retract. convent. in fine n.* 32. 33. 34. Carpzovium *defin. for. par.* 3. *constit.* 23. *defin.* 3. Nec aliud statuendum, si dotis promissæ solutio ex die mortis promissoris suspensa sit, dum pater aut extraneus dotem promittit *post mortem suam*, seu, *cum morietur*, istique dotis promissioni pactum de lucranda dote, do-

tisve parte adjectum fuerit, ac mulier vivo dotis promissore moriatur. Licet enim ab Ulpiano traditum sit, dotis promissæ solutionem conferri non posse in tempus, quo matrimonium amplius futurum non est, ne ab oneribus matrimonii separetur fructus dotis, & quod indignissimum est, id inducatur, ut dotem non habuisse maritus existimetur, *l. cum pater* 11. *h. t.* fallit tamen ea assertio, quoties pactum de lucranda dote vel parte ejus appositum est; cum ista pacto adjecta efficiat, ut Ulpiani ratio locum invenire nequeat, nec dici possit, maritum existimari dotem non habuisse, ubi ex pacto de lucranda dote potest soluto matrimonio dotem exigere, in perpetuum penes se remansuram. Imo, si Ulpiani superius adductum sequamur ratiocinium, statuendum necessario fuerit, hoc casu, quo mulier in matrimonio moritur vivente eo, qui dotem, cum ipse moreretur, dare promisit, adhuc lucri pacto dotali expressi persecutionem marito viduo post mortem promittentis permittendam esse, ne ex diversa sententia inducatur (quod indignissimum Ulpiano visum fuit) ut non habuisse ullo modo dotem maritus intelligatur, cui tunc neque viva neque mortua uxore ullum ex dote promissa commodum esset obventurum. Nec est, quod in contrarium obmoveas, muliere moriente ante eum, qui in suæ mortis tempus concepit dotis solutionem, negotium dotis ad eum devenisse casum, a quo initium habere nequit, adeoque infirmari, arg. *l. debitor decem* 82. *ff. de legatis* 2. *l. quia in eum* 10. *ff. ad leg. Aquil.* §. *pen. Instit. de moral. action.* Cum e converso alia juris regula dictet, novum non esse, ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt, *l. in ambiguis* 85. §. 1. *ff. de reg. jur.* §. *ex contrario* 14. *Inst. de legatis*; præsertim tunc, cum id, quod ita perdurat, effectum producere etiamnum potest; veluti hic, lucrum maritum superstiti ex pacto afferre, ne videatur sine dote fuisse. Dotem quidem sine matrimonio non esse, ac dotis constitutioni inesse conditionem, *si nuptiæ sequantur*, nuptiisque aut non secutis, aut de facto contractis, sed ipso jure nullis, nullam posse dotem intelligi, in aperto est, *l. dotis appellatio* 2. *l. Julianus scribit* 20. *l.* 21. *ff. de jure dot.* sed & verum est, nuptiis secutis ita mox confirmari dotis promissionem, ut & pacta promissioni dotis apposita effectum sortiri possint eo tempore, quo matrimonium dissolutum erit, utcunque tunc proprie loquendo dos amplius dici nequeat, veluti, quo modo, quando soluto matrimonio dos repetenda, cui reddenda sit. Erroneum vero prorsus est, quod obtenditur, dotis promissionem, quam quis in casum mortis suæ fecit, conditionalem esse, adeoque dotis obligationem ex incerto illo mortis die, tanquam conditione, suspensam haberi, nec natam seu ortam intelligi, priusquam intervenerit conditionis implementum; idemque incertum non modo in ultimis voluntatibus, juxta *l. dies incertus* 75. *ff. de condit.* & *demonstr.* sed & in contractibus, conditionis loco esse. Etenim, etsi libens concesserim, diem illum, de quo incertum, an unquam exstiturus sit, veluti, *cum Titius consul erit*, vel, *cum aliquid a se factum erit*, conditionis effectum habere, *l. qui promisit* 48. *l. sufficit* 56. *in fine ff. de condict. indeb.* *l. stipulatio ista* 38. *inter* 16. *ff. de verb. oblig.* non tamen idem injure assertum de die illo, qui certo exstiturus est, sed de quo id tantum, quando extiturus sit, incertum est: quippe cum tantum absit, ut dies talis conditionis vice sit, ut, si maxime stipulationi per modum conditionis appositus inveniretur, non tamen ideo conditionalis, sed pura stipulatio facta crederetur; dum secundum Ulpianum is, *qui sub conditione stipulatur, quæ omnino exstitura est, pure videtur stipulari*, *l. si pupillus* 9. §. *qui sub* 1. *ff. de novation.* Et quod in specie *dies mortis* (cujus existentia certa est, dum incertus est dies ejus) in actibus inter vivos, adeoque & in dotis promissione, conditioni obligationem suspendenti accenseri non debeat, vel inde manifestum est, quod debitum in *diem mortis*, si ante solutum sit, condici nequeat tanquam indebitum, *l. nam si cum moriar* 17. *l.* 18. *ff. de condict. indebit.* quod tamen omnino permittendum esset, si nulla præsens obligatio, sed tantum spes obligationis, ex conditione suspensa, fuisset nata, Confer *tit. de condict. indeb. n.* 3. Sed &, si maxime concederetur, conditionalem istam promissionem esse, quæ in tempus mortis promissoris collata est (ut ut contrarium ex dictis manifestum sit) nihilo tamen felicius adversa inde sententia defendi posset; cum & ex conventionibus conditionalibus spes obligationis ita nascatur, ut nempe stipulantis, neque promittentis morte intercidat, sed ad heredes transmittatur, §. *sub condit.* 4. *Inst. de verb. oblig.* §. *cum quis sub* 25. *Inst. de inutil. stipulat.* Frustraque excipitur a dissentiente circa hanc quæstionem Abrahamo a Wesel *de connub. societ. tr.* 2. *cap.* 2. *n.* 53, *& seqq.* & allegato per eum Petro Heigio *par.* 1. *q.* 33. *n.* 27. *& seqq.* Hartmanno Pistoris *par.* 3. *qu.* 8. id tum demum locum habere, cum in conditionali conventione non tam certa persona, quam res familiaris spectata est; cæterum hinc certam sponsæ dotandæ personam spectari, & propterea hoc in casu non id quod in contractibus, sed magis quod in legatis, beneficium certæ personæ conferentibus, dispositum est, observandum esse, quæ secundum certa juris principia deficiunt ac inutilia redduntur, quoties legatarium pendente conditione mori contingit, nec ullo modo ad heredes transmittuntur, *l. si cum heres* 4. *l.* 5. §. *sed si sub* 2. *ff. quando dies legat. ced.* Ista namque si admiseris, necesse fuerit, admitti simul confusionem actuum inter vivos ac supremarum voluntatum in iis partibus, in quibus actus illos jura voluerunt distinctissimos esse, secundum paulo ante probata; pariterque concludendum foret, donationem inter vivos sub conditione factam evanituram esse, ubi donatarium ante conditionis eventum mori contigerit; cum & donatio illa certæ personæ respiciat, ac præsupponat affectionem: quod tamen neque ulla lege dispositum, neque ratione subnixum est. Præter quæ hic insuper considerandum est, extraneum dotem promittentem, donatorem quidem esse respectu mulieris dotandæ, sed intuitu mariti, dotem accepturi, non donatorem, sed potius ex causa onerosa debitorem esse; uti id ex illis constat quæ *de jure dot. num.* 8. scripta sunt. Ne dicam, extraneum dotem promittentem cum pacto apposito de dote lucranda (vel etiam posito statuto, quod superstes dotis partem lucrifacere debeat) non solum puellæ dotandæ, sed & ipsius mariti, dotem dotisve partem lucraturi, personam respexisse, eique voluisse commodum adjicere per factam dotis constitutionem, tali lucrandæ dotis pacto statutove infor-

natam, cui consequens est, ut, licet vivo promissore moriens mulier liberalitatis illius effectum sentire nequeat; maritus tamen cadere non debeat ea lucri acquirendi spe, quod ipsi ex voluntate expressa vel tacita extranei dotem dantis destinatum erat.

24. Quod autem operatur mors naturalis circa acquisitionem lucri ex pacto de lucranda dote interposito, idem quoque operari eam mortem civilem, quæ secundum Canonistas & novissimum jus civile per ingressum in monasterium contingit, a Justiniano sancitum est *l. sancimus neminem* 53. §. *ad hæc sancimus* 3. *l. Deo nobis* 56. *pr. C. de episc. & cler.* Petrus Barbosa *ad l.* 2. *ff. soluto matrimon. par.* 1. *n.* 152. *& seqq.* Chassenæus *ad consuetud. Burgund. rubr.* 4. §. 6. in verbo *post mortem n.* 2. *& seqq.*

25. Quia vero & circa pactitium & circa statutarium dotis vel propter nuptias donationis lucrum non eadem omnibus statutorum conditoribus sententia sedet, dicendum videtur, in tali statutorum varietate spectandum esse statum loci, in quo maritus domicilium habet, & ad quem nova nupta, mariti domicilium sequens, rerum suarum ac fortunarum sedem est translatura, arg. *l. exigere* 65. *ff. de judiciis.* Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 14. Parens p. m. Paulus Voet *de statutis sect.* 9. *cap.* 2. *n.* 6. 7. eo modo, quo id, de statutaria communione fusius in *tit. de ritu nuptiarum n.* 85. adstructum est.

26. Frequentia insuper hodie apud nos aliosque pacta sunt, quibus vel inducitur universalis bonorum omnium inter conjuges communio, cum statuto inducta non esset, vel contra excluditur in totum aut pro parte communio illa, quæ ob pactorum defectum ex statuto descendit. Pactitia quidem universorum communio ubique locorum inter conjuges induci potest, quoties non extant liberi prioris thori, *leg. hac edictali* 6. *C. de secundis nuptiis* impedimento non est, ut dictum *tit. de ritu nupt. n.* 122. *& seqq.* sub eaque extra dubium continentur omnia ubicunque sita, ubi non nominatim communionis universalis pactio in certis casibus, veluti propter liberos prioris thori, reprobata est, secundum ea, quæ in *d. tit. de ritu nuptiar. n.* 85. tradita sunt. Et quamvis de feudalibus bonis hæsitationem esse monuerimus *in d. tit. de ritu nupt. n.* 71. 72. an in statutariam veniant communionem; in pactitiam tamen ea venire dubitandum non est, quoties vel talia feuda sunt, quæ sine domini directi consensu per actum inter vivos alienare vasallus suo arbitratu potest: vel alioquin eam adhibuit domini directi auctoritatem, aliaque requisita, quæ ex curiæ cujusque feudalis consuetudine observanda sunt. Vid. Lambertus Goris *adversar. tr.* 1. *cap.* 3. *per tot. præcipue n.* 4. 5. *& seqq.* Freder. a Sande *de feudis Gelriæ tract.* 2. *tit.* 2. *cap.* 3. Ant. Matthæus *par. secunda num.* 24. & *param.* 8. *n.* 20. *in med.* Resp. Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 258. Abr. a Wesel de *connub. societ. tr.* 1. *n.* 60. 61. & *tr.* 2. *cap.* 1. *n.* 97. 98. 99. Wassenaar *pract. judic. cap.* 11. *n.* 68. 69. 70. Et generaliter statuendum videtur, nihil in pactitia communione universali debere comprehensum censeri, quod in statutaria inclusum non est; nisi insuper quid specialiter de rebus quibusdam, in generalem statutariam non venientibus, cautum sit: præsertim cum ipsa statutaria communio quantum ad immobilia extra territorium statuentis alio in loco aliis juribus utente, sita, in pactitiam abeat, dum secundum exposita in *tit. de ritu nupt. n.* 85. conjuges tacita pactione intelliguntur se obligasse ad communicanda alibi sita, quoties domicilii lex communionem ex nuptiis inter conjuges, nihil in contrarium paciscentes, inducit.

27. Potest autem pacto dotali etiam id agi, ut communio universalis inter conjuges regatur atque æstimetur non ex legibus domicilii mariti, ad quod uxor per matrimonium transitura est, sed vel ex legibus domicilii uxoris, vel ex jure loci alterius cujuscunque, quem contrahentibus eligere visum fuerit, Lambertus Goris *adversar. tr.* 1. *c.* 6. *n.* 7. Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *c.* 1. *n.* 104. Adde quæ superius dicta *n.* 19. Potest & id conveniri, ut certis tantum in rebus sive loco sive genere circumscriptis communio sit, veluti in solis mobilibus, in solis Hollandicis, non Ultrajectinis &c. vel ut dimidia tertiave bonorum portio communioni cedat, reliqua pars conjugis cujusque, cujus antea fuit, propria remaneat, communione exempta. Ant. Matthæus *paræmia Belg. Jurisc. secund. num.* 67. *in fine*, Respons. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 22. Simili modo sustinetur conventio, ut sub certa tantum conditione, vel certo tantum in casu communio sit, puta, si liberi ex eo matrimonio nascantur, aut, si vir mulieri superstes sit, Jacobus Coren *observ.* 40. Ant. Matthæus *d. param. 1. num.* 67. *in med.* Wesel *de connub. societ. d. tr.* 2. *cap.* 1. *n.* 87. 92. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 73. *in fine.* Hinc &, si pacto antenuptiali id actum sit, ut conjugum altero sine liberis moriente bona redeant ad latus, unde provenerunt, communio universalis censeri debet a contrario inducta ex pacto tacito, ubi liberis relictis alter conjugum fato fungitur, arg. *l. inter socerum* 26. §. *cum inter* 2. *ff. h. t.* Jacobus Coren *cons.* 25. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 10. *in med.* Wesel *de connub. societ. tr.* 2. *cap.* 5. *n.* 11. 12. Non tamen exclusa videtur pacto dotali statutaria communio, si id actum fuerit, ut bona conjugum post dissolutum matrimonium devolvantur jure successionis Aesdomico, aut contra jure successionis Scabinico, adeoque simpliciter certum jus succedendi electum sit; nisi insuper adjecta esset clausula, ut bona conjugum revertantur ad latus illud, unde profecta, aut aliud simile. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 124. quod alterius Jurisconsulti subscriptione repetitum *par.* 4. *consil.* 362.

28. Cæterum uti circa communionis universalis introductionem aut exclusionem, ita quoque circa acquæstuum communionem excludendam inducendamve conventiones antenuptiales ratæ sunt. Imo, si dotali pacto id actum sit, ne statutaria bonorum communio per nuptias introducatur, nulla acquæstuum mentione habita, magis obtinuit, hoc ipso acquæstuum inter conjuges communionem tacita videri pactione reservatam, Hugo Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 12. *n.* 8. 9. 10. Neostadius *de pactis antenupt. observ.* 4. *& in notis.* Leeuwen *censur. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 10. Wesel *de connub. societ. tr.* 2. *cap.* 2. *n.* 225. Uti ex adverso per conventionem expressam, *ut damnum & lucrum inter conuges commune sit*, tacite exclusa videtur ulterior bonorum inter conjuges communio, ex statuto descendens, licet nulla nominatim ejus exclusio facta sit. Confer D. Someren *de jur. novercar. cap.* 3. *num.* 8. Neque quicquam vetat,

quo minus ex certo tempore vel ad certum tempus, vel sub conditione hæc quoque lucri ac damni communio in conventionem deducatur; veluti, ut demum initium habeat, ex quo liberi prioris thori alterutrius conjugis majorennes facti fuerint. Quo posito lucra & damna, durante liberorum minorennitate obvenientia, neque ab initio communia erunt, neque superveniente liberorum majorennitate communicanda; sed ea sola, quæ post majorem liberorum primi thori ætatem quæsita aut illata sunt: eo quod pactio hujuscemodi inter viduum conjugemque secundam ob id potissimum videtur interposita, ne illa queri possit, nimium suo cum detrimento in educationem liberorum prioris matrimonii per maritum erogari; qualis querelæ causa per talem conventionem impedita est, Responsa Jurisc. Holl. *par.* 5. *vol.* 1. *consil.* 178. *in fine.* Vide & *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 46. 47. 48. 49. 50. *in fine.*

29. Posita inter conjuges pactitia vel etiam statutaria communione acquæstuum, primo quidem observandum, nihil interesse, quo in loco sitæ sint res stante matrimonio acquisitæ; adeo ut & illæ res immobiles, quæ secundum statutum loci, in quo jacent, soli marito cedere debent, conjugibus communes fiant; eo quod statuto tali per expressam aut tacitam inter conjuges de acquæstuum communione conventionem derogatum intelligitur, secundum ea, quæ de statutaria vel pactitia bonorum omnium communione latius disputata in *tit. de ritu nupt. n.* 85. quam etiam fovent sententiam plures allegati ab Abrah. a Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 2. *num.* 219.

30. Sed & secundo notandum, ipso jure communia fieri & quantum ad dominium, & quantum ad possessionem ea, quæ stante matrimonio acquiruntur, licet maritus contractum seu causam acquisitionis non communi suo & uxoris, sed suo tantum nomine celebrasset, Lamb. Goris *advers. tr.* 1. *cap.* 5. *n.* 2. & *seqq.* & *n.* 9. 10. Sande *decis. fris. libr.* 2. *tit.* 5. *defin.* 6. Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 1. *n.* 56. 57.

31. Sciendum denique, illud omne, de quo non apparet, ex cujus conjugis latere in subsidium matrimonii collatum est, adeoque quod in catalogo bonorum utrimque collatorum haud invenitur, neque alia ratione legitima probatur per superstitem conjugem, quod ejus fuerit, aut per heredes defuncti, quod defuncti proprium fuerit, quodve stante matrimonio ex unius latere obvenerit, cum ejus esset naturæ, ut in acquæstum non veniat, veluti ex hereditate parentis profectum, in dubio acquæstum oportere censeri, ac conjugibus commune esse; sive id ab initio actum sit, ut repertorium utrimque conferendorum fiat, & illud postea factum non sit, vel in eo confecto quædam prætermissa doceantur; sive nihil de tali bonorum inventario conficiendo pactis dotalibus expressum sit; eo quod omni in casu ratum tamen stat pactum, quo id actum, ut sola aquæstuum, non universalis, inter conjuges communio sit, ac ob id effectum sortiri non debet in omnibus illis rebus, quæ soluto matrimonio quacunque ratione probabuntur in alterutrius solius dominio vere extitisse. Nam si ea omnia, quæ catalogo bonorum non inserta, communia esse velis, licet apertam habeant probationem unde profecta sint, porta malitiis aperietur, & gratificationis inter conjuges multis in locis interdictæ orietur occasio, dum stante matrimonio facile clandestina ac domestica conjugis utriusque fraude submutari posset repertorium, aliudque substitui, pauciora longe comprehendens, quam in priore suppresso ex veritate præscripta erant, prout animus tulerit conjugis, conjugi contra statuto cupientis gratificari. Confer varie sentientes D. Joh. a Someren *de jure novercar. cap.* 12. *num.* 3. Ant. Matthæum *parœm.* 3. *n. ult.* Wesel *de connub. societ. tr.* 2. *cap.* 2. *num.* 220. & *seqq. ibique DD.* Resp. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 58. & *par.* 2. *consil.* (revera) 138. *pag.* 272. & *consil.* 326. *fere in pr.* & *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 81. 164. & *par.* 4. *consil.* 73. 277.

32. Quæ vero res in specie pertineant aut non pertineant ad acquæstum, quæ damna vicissim communioni tali imputanda sint, vel non imputanda, cum ab aliis jam maxima ex parte occupatum sit, præcipue a Johanne a Sande *decis. Fris. lib.* 2. *tit.* 6. *defin.* 3. 8. & *passim*, Argentræo *ad consuet. Britann. art.* 418. Ant. Matthæo *parœmia* 2. *Belgarum Jurisc.* Abrahamo a Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 2. paucis quasi per indicem recensuisse sufficerit, pleniore singulorum investigatione ex auctoribus allegatis lectori commendata. Veniunt ergo in hanc communionem quæcunque industria atque labore conjugum ex negotiatione, opificio, artificio, professione, militia armata vel togata, muneribus atque dignitatibus publicis quæsita sunt, arg. *l. coiri* 7. *ll. seqq. ff. pro socio.* Ant. Matthæus *parœm.* 3. *num.* 10. & 24. quæcunque, cum nullius essent, a conjuge altero occupantur, veluti feræ captæ, gemmæ, lapilli in littore inventi, nec non thesauri, quatenus eos inventori pro præmio inventionis jus aut mores assignant, Wesel *de connub. societ. tr.* 2. *cap.* 2. *n.* 115. & *seqq. ad num.* 125. Matthæus *d. parœm.* 3. *num.* 9. Sed &, si scelere, velut furto vel rapina vel concussione quæsita sint, quamdiu conjugibus turpia hujuscemodi lucra non extorquentur, Wesel *d. tr.* 2. *cap.* 2. *n.* 165. 166. 167. Adde *tit. pro socio n.* 7. & *tit. de ritu nupt. num.* 69. Peculia insuper profectitia, quæ per liberos ex re parentum vel eorum occasione quæsita, parentibus adhuc hodie acquiri solent, recensita in *tit. de recul. n.* 4. Wesel *d. tr.* 2. *cap.* 2. *n.* 111. & *seqq.* Ad hæc fructus naturales, industriales, civiles, velut pensiones & usuræ rerum ac pecuniarum utrimque ab initio illatarum, aut postea quæsitarum ex illis causis, ex quibus ipsæ res principales, stante matrimonio obvenientes communioni non cedunt; sive illæ simpliciter uni conjugum obvenerint, sive cum onere fideicommissi; sive allodiales sive feudales sunt. Quo & pertinet sylva cædua, census aut canon annuus, mulctarum pœnarumque compendia: aliaque similia jurisdictionis patrimonialis occasione obvenientia, reditus vitalitii non pro parte, sed ex asse, metallorum, lapidum, cespitum ex conjugis unius fundo eductorum utilitas, aliaque his similia, quæ sub generali fructuum appellatione comprehensa usufructuario adquiri, latius dixi *tit. de usufructu num.* 22. & *seqq.* quibus adde quæ habet Wesel *de connub. societ. d. tr.* 2. *cap.* 2. *n.* 138. & *seqq. ad n.* 157. Quin imo, si jus ususfructus alteri conjugum vel ante nuptias, vel stante matrimonio acquisitum sit,

fructus omnes durante matrimonio percepti ex illo usufructus jure communioni cedere verius est; adeo ut soluto matrimonio nihil ex fructibus interim perceptis jure præcipui conjugi fructuario superstiti retinendum aut restituendum sit, sed is teneatur solo utendi fruendi jure, quamdiu a matrimonio soluto supervixerit, contentus esse, arg. *l. si ususfructus* 66. *l. cum in fundo* 78. *ff. de iure dot.* Garsias *de expens. & meliorat. cap.* 23. *n.* 5. Et quamvis inficias eundum haud sit, in casu, quo alter conjugum initio matrimonii nudam rerum quarundam proprietatem habuit, consolidatum stante matrimonio usumfructum communioni non cedere, sed soli accrescere domino proprietatis, ut post alios docet Zoesius *ad Pandect. tit. pro socio n.* 12. Ant. Matthæus *parœmia.* 3. *n.* 26. *in fine*; non tamen eo minus fructus, qui stante matrimonio propter istam consolidationem percipiuntur, exemplo fructuum reliquorum ex re unius conjugis provenientium, communibus conjugis utriusque usibus applicandi sunt; cum hactenus nihil interesse videatur, utrum conjux alteruter stante matrimonio usumfructum formalem in rebus alienis acquirat, an rerum suarum causalem ex jure consolidationis usumfructum nanciscatur. Cum enim soluto matrimonio jus ipsum utendi fruendi seu percipiendi fructus ex re propria magis salvum sit, quam quidem jus ususfructus a proprietate separati, quippe quod non aliter incolume manet, quam si ipse fructuarius soluto matrimonio superstes sit, nec ullatenus ejus heredi prodest, consequens est, ut, si fructus medii temporis ex usufructu formali percepti secundum ante probata communioni conjugali cedere debeant, longe magis id de fructibus jure ususfructus causalis stante matrimonio quæsitis asserendum sit, Matthæus *d. l.*

33. Non etiam dubium, quin in hanc acquæstuum communionem veniant res omnes sive mobiles sive immobiles, quæ stante matrimonio communi conjugis utriusque nomine emtæ sunt. Sed & si maritus sibi soli res immobiles comparaverit, sibique soli curaverit solemniter mancipari, credendum tamen est, illud id jure maritalis potestatis fecisse, adeoque voluisse rem illam non sibi soli, sed & uxori quæsitam; quemadmodum ex adverso se ipsum obligans, hoc ipso uxorem quoque ex eodem potestatis maritalis jure obligatam reddit, Groenewegen *ad l.* 5. *&* 6. *C. si quis alteri vel sibi sub alterius nomine*, post Lamb. Goris *adversar. tract.* 1. *cap.* 5. *n.* 2. *& seqq.* Nec interest, utrum revocabile, an irrevocabile dominium maritus stante matrimonio acquisiverit. Quamvis enim Antonio Matthæo visum fuerit, rem stante matrimonio per maritum emtam non fieri inter conjuges communem, ubi venditor redemtionis licentiam sibi pactus est, quia venditore pretium restituente res statim ei restitui debet, *parœmia* 6. *n. ult. pag.* 215. *in med.* magis tamen est, ut rei ea lege emtæ dominium revocabile interim uxori acquiri dicamus, donec venditori re ipsa legem redemtionis exercere placuerit, remque avocare, præsertim cum incertum sit, an non in perpetuum res in dominio emtoris remansura sit, dum multis ex causis venditor potest nolle uti jure redemtionis ex pacto competente. Quin imo, si maritus filios prioris thori immobilia ex nummis sibi & uxoris secundæ communibus emerit, ac coram lege loci tradi jusserit, vel reditum vitalitium nomini ejusdem seu capiti impositum comparaverit, hæc quoque ad acquæstuum communionem pertinere, nisi statuta peculiariter filio primi thori licentiam offerendæ pecuniæ expensæ tribuerint, post alios plures tradit Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 2. *num.* 10. 11. 12. 13.

34. Vestes quoque, quæ stante matrimonio tum mariti, tum uxoris causa emtæ paratæ sunt, sub acquæstuum communione in dubio comprehendi, nec viriles marito, fœmineas uxori, aut eorum heredibus adjudicandas esse, argumento est, quod frequens sit, pactis dotalibus nominatim id agi, ut linea, lanea, serica &c. prout corpori cujusque conjugis accommodata fuerint, soluto matrimonio cuique reserventur; quodque statutis quibusdam peculiariter superstes sua vestimenta una cum aliis nonnullis moribus præcipua jubeatur habere. De quibus itidem Wesel *d. tract.* 2. *cap.* 2. *n.* 45. *& seqq.* Respons. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 54. *n.* 22. Similiter militia seu munus venale stante matrimonio emtum acquæstui cedit, in quantum soluto matrimonio uxori aut heredibus ejus præstandum dimidium æstimationis, quo illud emtum est, vel quo vendi soluto matrimonio potest, si forte credatur decrevisse valor ejus, Wesel *d. tract.* 2. *cap.* 2. *numer.* 15. 16.

35. Quod si res emta sit ex pecunia, quæ ab alterutro in subsidium matrimonii collata est, hanc quoque communioni cedere, ac soluto matrimonio pecuniæ collatæ repetitionem habere locum, remque ipsam tanquam communem æqualiter dividi oportere, verius est; licet hoc actum esset pacto antenuptiali, ut nummi dotales impenderentur in prædiorum emtionem, arg. *l. ex pecunia* 12. *C. de jure dot.* Nisi nominatim maritus expresserit, se ex pecunia uxoris suæ, fundum uxori comparasse ut negotium ejus gereret, & pecuniam uxoris in rem commutaret, ac res subintraret in vicem nummorum, arg. *l. ita constante* 26. *l.* 27. *l.* 28. *ff. de jure dot.* Adde *tit. de rei vindicat. num.* 21. Wesel *d. tract.* 2. *cap.* 2. *num.* 24. 23. Groenewegen *ad l.* 54. *ff. de jure dot.* Idemque est, si maritus suum aut uxoris fundum sive allodialem sive feudalem vendiderit, ac ex pretio ejus fundum allodialem comparaverit, arg. *l. sed & si lege* 25. §. 1. *ff. hered. petit.* Tyraquellus *de retract. gentilit.* §. 32. *gloss. unic. n.* 15. *& seqq.* Sande *decis. Fris. libr.* 2. *tit.* 5. *defin.* 3. vers. *quid si maritus.* Zoesius *ad Pand. tit. pro socio n.* 11. Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 4. *num.* 27. *pag. mihi* 275. Wesel *d. tract.* 2. *cap.* 2. *n.* 48. *& seqq.* (Licet alii contra sentiant, Lamb. Goris *advers. tract.* 1. *cap.* 5. *num.* 5. Ant. Matthæus *parœmia* 3. *num.* 13. *& seqq.* Et quamvis Abrahamo a Wesel, multisque aliis ab eo allegatis, diversum placuerit in permutatione fundi, unius conjugis proprii, cum alio fundo; quasi omnino novus fundus ex permutatione quæsitus communis non fieret, sed ejus solius, cujus fuerat prior fundus, vice permutati datus, utcunque hoc nominatim actum non esset, aut in testationem deductum, ut acquisitus in permutati locum haberetur surrogatus, *d. tract.* 2. *cap.* 2. *n.* 55. *& seqq.* vix tamen est, ut non idem per omnia in quæstione, an communioni cedat fundus ex permutatione quæsitus, statui debeat, quod de fundo vendito, alioque rursus ex pretio venditi comparato, obtinere dictum est, eum scilicet communem fore, si nihil in contrarium aper-

te declaratum sit, neque statutis aliud inveniatur dispositum, neque peculiaris ac propria rei ex permutatione quæsitæ natura respuat communionem; eo quod proxima emtioni, moribus præsertim hodiernis, permutatio est, arg. *l.* 1. *ff. de contrab. emt.* §. 2. *Instit. de empt. & vendit. l. permutationem* 2. *C. de rerum permut.* nec hac in parte ratio ulla sufficiens diversitatis reddi potest, utrum res unius conjugis in pecuniam, an res in rem aliam permutetur; ac denique expeditum est, æque novam ac stante matrimonio supervenientem acquisitionis causam esse, ubi res ex permutatione pro re alia acquiritur, quam ubi ex pecunia ad unum pertinente, vel ex pretio rei venditæ ad unum pertinentis, res alia comparatur, Mingizerus *quæst. Saxon.* 27. *num.* 37. *& seqq. & n.* 53. *& seqq.* Ant. Matthæus *parem.* 2. *num.* 27. Adde *tit. de ritu nupt. num.* 79. Quod enim ajunt, permutatum corporis ab initio illati vicem gerere, gratis assumitur, nulla juris auctoritate satis firmatum. Neque in contrarium facit, quod a Weselio adductum est, absumtum non videri, quod in corpore patrimonii retinetur, & id quod pro re fideicommisso obnoxia ex permutatione quæsitum est, vice permutati dominii restituendum esse, *l. sed quod inde* 71. *l.* 72. *ff. de legatis* 2. Si enim connexionem istius *l.* 71. cum *l.* 70. §. *ult.* consideres, animadvertes, illic quæstionem non esse de re fideicommissaria cum rebus aliis permutata, sed de eo, qui rogatus restituere post suam mortem quicquid ex hereditate superaverit, *de pretio rerum hereditariarum venditarum alias comparavit*; secundum verba ipsa *d. legis* 78. *in fine*; quo casu rem emtam communioni acquæstuum cedere ipse Weselius *d. tract.* 2. *cap.* 2. *n.* 48. *& seqq.* adstruxit, pretium succedere quidem in locum rei in petitione hereditatis, at non in dote, ibidem contendens. Præterquam quod verum non est, rem surrogatam jure dominii pertinere ad eum, cujus res prior propria erat, quia id quod surrogatur, in corpore patrimonii retinetur; cum potius id tantum inde inferri possit, quod non censeatur ea ratione diminuta hereditatis universitas ad id, ut minus heres restitueret, quasi alienata pro consumtis habenda essent: nam &, si nummos hereditarios aut pretium ex rebus hereditariis distractis redactum fiduciarius in suos proprios erogaverit creditores, eosque inde dimiserit, nummi illi non consumti, sed in corpore patrimonii superstites intelliguntur, licet re ipsa nihil in locum eorum surrogatum sit, *d. l.* 72. *ff. de legat.* 2. Quo modo & nostro casu diminutum non intelligitur unius conjugis patrimonium ex eo, quod res quædam singularis cum alia re permutata sit, licet id, quod vice permutati acceptum est, non pertineat ad eum, cujus res prior fuerat; dum æstimatio rei permutatæ soluto matrimonio prius per eum, cujus fuerat res ex permutatione alienata, cum rebus ceteris non alienatis deducenda ac præcipienda sit. Longe minus urget argumentum ex *l. si donatæ* 36. §. 1. *ff. de donat. inter vir. & uxor.* cum diversa plane species facti sit, neque ullus permutationis contractus cum quoquam intercesserit, & a disparatis male illatio fiat. Dederat nempe sponsus per errorem annulum alienum sponsæ tanquam suum; comperto post nuptias contractas errore, suum pro isto alieno dat; non videri ita celebratam inter conjuges illicitam donationem Paulus ait; quia sic factam tempore licito donationem maritus confirmare videtur, non novam facere. Permutatio certe datio est rei propriæ, ut vicissim alter rem propriam det; quorum nihil hic contigit, dum dubio caret, rem alienam dantem nullam contrahere permutationem, ut idem Paulus docet *l.* 1. §. *ideoque* 3. *ff. de rerum permut.*

36. Hæc ita, si res allodialis ex emtione vel permutatione stante matrimonio quæsita sit: non idem dicendum, si feudalem ex hisce emtionis aut permutationis causis maritus adeptus sit: tunc enim magis ea servanda videntur, quæ de feudis stante matrimonio emtis, aut permutatione comparatis in communione conjugum universali obtinere tradidi in *tit. de ritu nupt. numero* 72.

37. De cætero non interest, utrum res stante matrimonio per emtionem aut permutationem quæsita singularis sit, an vero universitas rerum hisce ex causis obvenerit; veluti, si maritus hereditatem alicujus jam defuncti a vero herede sibi venditam adeptus sit. Quod adeo verum est, ut, si illis in casibus, quibus hereditates in communionem acquæstuum non venire post dicetur, maritus ex testamento vel ab intestato pro parte heres, coheredum reliquorum partes emerit, certa pecuniæ quantitate oblata eosdem dimittendo, ac universum sibi retinendo hereditatis jus, partes reliquorum coheredum non jure successionis, sed particulari emtionis titulo quæsitæ, acquæstibus adscribi debeant, atque ita utrique conjugi communes fieri, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 326. *circa fin. pag.* 657. vers. *waer beneffens.* Cui non absimile, si filia ex semisse, vel alia parte parentis sui heres, hereditatem multis implicitam litibus atque molestiis, litium execratione metuque fratri reliquerit, paternæ renuncians successioni, & hic post varios labores exantlatos lucrum aliquod ex illa perceperit hereditate: cum id totum, quatenus propriam fratris excedit portionem, vigilantiæ ejus accepto ferendum sit, adeoque tamquam ex industria ejus ac opera obveniens, in quæstu computari, ac uxori commune esse debeat. Secus, si soror, liberis forte carens, ideo suam hereditatis lucrosam partem repudiaverit, ut ea fratri tanquam sperato heredi futuro acquiratur, Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 2. *num.* 102. 103. 104.

38. An, & quo usque communioni acquæstuum cedat fundus, quem a cognato mariti vel uxoris venditum stante matrimonio maritus retraxit, quemve a suo vel uxoris suæ cognato nuptiis constantibus emit, cum jus retractus in illo fundo potuisset marito tanquam cognato, vel uxori tanquam cognatæ, competere, sive allodium sit, quod retrahendum, sive feudum, intelligi potest ex iis, quæ dicta *in tit. de lege commissoria n.* 18. Plane si feudum vel emphyteuticarium prædium, cujus dominium directum marito vel uxori competebat, a vasallo vel emphyteuta alienatum maritus stante matrimonio ex dominii directi jure retraxerit, quæsitum ex retractu utile dominium conjugibus haud commune erit, sed ei soli cedet, qui directo antea gaudebat dominii jure: non aliter, quam si emphyteusis aut feudum ex aliqua justa caducitatis causa domino directo apertum, atque ita cum dominio directo consolidatum esset; eo quod illa dominii utilis adjectio, accessio quædam dominii directi est, ac ex eo unice causam habet, neque tam nova acquisitio est, quam potius effectus dominii directi ex lege feudi vel emphyteuseos con-

stitutioni adjecta, ortum habens. Ut tamen alter conjux soluto matrimonio præcipiat ex bonis communibus quantum retrahens emtoris, quem depulit, refundere obstrictus fuit. Matthæus *paræmia* 3. *n.* 12. & 26. Abr. a Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 2. *num.* 37. 38. & 153. & *seqq. ad n.* 139.

39. Qua occasione generaliter definiendum, ea, quæ stante quidem matrimonio in ipsa acquisita sunt, sed quorum causa acquirendi matrimonio antiquior est, sub quæstu non contineri, nec conjugum communia fieri, utcunque quædam ob talem acquisitionem erogatio post nuptias contractas facta sit; quippe cujus erogationis intuitu sola præceptio soluto matrimonio conjugi alteri permittenda foret. Qua ratione dubium non est, quin fundus ante nuptias ab alterutro conjuge emtus, sed stante matrimonio traditus, solius ementis proprius sit, licet pretium ex pecunia conjugum communi solutum proponas; eoquod traditio tantum sequela est contractus emtionis, & emtori protinus a primo emtionis perfectæ momento actio personalis ad rem tradendam quæsita fuit, cujus effectum penes eum solum esse oportere, cujus solius actio ab initio fuerat, rationis est, Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 418. *gloss.* 3. *n.* 2. 3. 4. 5. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 58. Chassenæus *ad consuet. Burgun. rubric.* 4. §. 9. verb. *omnium debitorum n.* 3. *in addition.* aliique plures, relati ab Abrah. a Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 2. *n.* 18. & *seqq.* sive pretium, adeoque ante nuptias contractas, solvendum fuerit, sive solutio in diem talem destinata sit, qui incidit in tempus matrimonii constantis; cum utique dilatio solutionis haud impediat, quo minus contractus consensu perfectus censeatur, atque etiam statim cedat dies obligationis in diem conceptæ §. *omnis* 2. *Inst. de verbor. obligat.* cui consequens est, ut pretium stante matrimonio solutum non alio debeat jure censeri, quam aliud quodvis conjugis alterutrius æs alienum matrimonio antiquius, sed post nuptias contractas de communibus conjugum nummis depensum. Adde Chassenæum *ad consuetud. Burgund. rubric.* 4. §. 9. verb. *omnium debitorum n.* 3. *in addition.* Quin imo, si non ex die, sed sub conditione rem ante nuptias ab alterutro conjuge emtam, conditionem vero nuptiis demum secutis impletam concipias, adhuc recte ementi soli talis rei asserueris dominium, ac exemeris acquæstuum communioni; cum & spes obligationis nata statim sit, sic ut etiam ad heredes transmittatur, §. *sub conditione* 4. *Inst. de verbor. obligat.* & ex contractu conditionali pendente conditione contrahentes sibi invicem debitores ac creditores intelligantur, *l. is, cui sub* 42. *ff. de oblig. & act.* ac denique, ubi semel conditio extitit, perinde omnia habeantur, ac si conventio interposita sine conditione facta esset, *l. potior est* 11. §. *videamus* 1. *ff. qui pot. in pign.* Si modo conditionalis conventio talis sit, ut per existentiam ejus obligatio etiam invito debitore nasci possit, arg. *l. qui balneum* 9. *l. potior est* 11. *pr. ff. qui pot. in pignore,* Sande *decis. fris. lib.* 2. *t.* 5. *defin.* 3. *post med.* vers. *similiter si ante.* Quid, quod nec acquæstuum communioni cedere debeat res per unum ex conjugibus ante nuptias emta ab eo, qui dominus non erat, si stante matrimonio usucapio impleta sit, non ista quidem ratione, qua post alios utitur Abrah. a Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 2. *n.* 77. 78. quod nempe initium usucapionis inspiciendum sit, *l. sequitur* 4. §. *si antequam* 18. *l. justo errore* 44. §. *etsi* 2. *ff. de usurp. l.* 2. *in pr. ff. pro emtore*; cum non alio respectu id illis in legibus asseratur, quam quatenus bona fides initio usucapionis adesse debet: sed potius ex eo, quod & hujus acquisitionis causa, emtio nempe, matrimonio vetustior sit, & possessio, per quam dominium mediante usucapione adjicitur, uni quæsita conjugi, post se trahat ipsam dominii acquisitionem. Facitque pro hac sententia argumentum ex *l. si alienam* 13. *in pr. ff. de mortis causa donat.* Sicut enim mortis causa donans rem alienam, quam donatarius deinde usuceperat, potest vindicare illam rem ubi convaluit, donatione mortis causa per periculi cessationem in irritum deducta, *d. l.* ita quoque si alter conjugum rem alienam titulo dotis vel propter nuptias donationis contulerit, justum est, illam soluto matrimonio ad eum solum redire, per eumque vindicari, ex cujus latere, dum adhuc aliena erat, ad onus matrimonii ex fructibus sustentandum data fuit.

40. Nec aliud statuendum, si res aliena stante matrimonio ei adjudicata sit, qui ante nuptias de ea tanquam sua litigare cœperat. Sed &, si stante demum matrimonio maritus de re certa, tanquam sua vel uxoris suæ propria, litem movens victor evaserit, ejus solius erit, cujus nomine dominium assertum ac vindicandum fuit. Non enim ex sententia judicis recens talis rei acquisitio est, sed tantum eam retro conjugis alterutrius propriam fuisse, judex suo declarat judicio, *l. sicut autem* 8. §. & *si quidem* 4. *ff. si servitus vind.* Confer *tit. de ritu nupt. n.* 84. Quid juris sit, si lis super re alterutrius conjugis non per sententiam & adjudicationem decisa, sed transactione interveniente sic sopita sit, ut adversarius aliquo accepto rem litigiosam conjugibus relinquat; num & ea acquæstui accensenda sit, prolixe discussum vide apud Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *c.* 2. *n.* 63. & *seqq. ad num.* 72.

41. Quod si fundus ante matrimonium, vel eo constante ab hostibus captus, iterumque postliminii jure durantibus etiamnum nuptiis reversus sit, ejus etiam solius censeri debet, cujus ante fuit; cum jus postliminii nihil inducat, sed tantum in pristinum statum reponat amissa. Idemque de mobilibus per hostes aut piratas captis, iterumque recuperatis, judicium esto, quoties mobilia talia vel ex lege vel ex more postliminium admittant, arg. *l. si mater* 11. §. *eadem* 4. *ff. de except. rei judic.* junct. *l. item Labeo* 22. §. *ult. lib.* 23. *ff. famil. ercisc. l. navibus* 2. *pr.* & §. 1. *l. si captivus* 20. §. 1. *de captivis & postlim. reversis.* Contra, si res mobiles mariti vel uxoris per hostes captæ iterumque redemptæ sint: cum enim hoc casu dominium, jure belli semel amissum, non recuperetur ex causa aliqua, quæ matrimonio antiquior est, sed tantum ex nova redemtione, quæ nullo anteriore jure quæsito suffulta est, non alio jure res illa redemta censeri debet, quam si res plane aliena per hostes capta stante matrimonio redemta esset; quam communioni cedere extra dubium est. Nam &, si maritus ante nuptias rem suam sive mobilem, sive immobilem simpliciter sine ulla redimendi conditione distraxisset, vel etiam stante matrimonio suam aut uxoris rem jure licito alienasset, ea deinceps stante adhuc matrimonio redemta non in pristinam redibit dominii causam, sed conjugi utrique, tanquam

acquæstus, communis fiet. Diversum foret, si maritus suum aut uxoris fundum, ante nuptias cum pacto de retrovendendo distractum, stante matrimonio redemerit: tunc enim, quia pactum, redemtionis licentiam continens, matrimonio vetustius est, redemtum ejus solius proprium censeri debet, cujus & ante fuit; eo quod in pristinam causam res redit, resoluta priore venditione, arg. *l. voluntate* 10. §. 1. *in fine ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvitur*, Wesel *de connub. societate d. tract.* 2. *cap.* 2. *n.* 26. *& seqq. & num.* 39. *& seqq.* post multos alios ibidem adductos. Idemque dicendum, si ob læsionem enormem circa rem ante nuptias a conjuge alterutro distractam emtor aut venditor læsus ex remedio *legis* 2. *C. de rescind. vendit.* id impetraverit stante matrimonio, ut a venditione abeatur, redditoque pretio ad venditorem res redeat; vel si ob pretium suo tempore non solutum ex lege commissoria venditioni ante nuptias contractæ adjecta ad venditorem revertatur; cum & hisce in casibus resoluto contractu res inemta intelligatur, adeoque in pristinam relabatur dominii causam matrimonio antiquiorem, arg. *d. l.* 2. *C. de rescind. vendit.*, *l.* 1. 2. *& tot. tit. ff. de lege commissoria*, Wesel *d. tract.* 2. *cap.* 2. *n.* 34.

42. Ex eo quoque, quod aliquando plenius firmiusve stante matrimonio dominium acquiratur in re, quam ante nuptias competierat, aut e converso diminuatur atque extenuetur dominii jus, quod ante nuptias pinguius fuerat atque luculentius, credendum non est, rem illam in acquæstum converti ac communem fieri. Qua ratione, si maritus stante matrimonio suum vel uxoris fundum jure licito, seu permittente uxore aut jure municipali, in feudum concesserit, vel dederit in emphyteusin, directum agri emphyteuticarii dominium, tamquam pars superstes dominii anterioris pleni, pertinebit ad eum, cujus antea pleno jure proprius fuerat ager iste, Ant. Mattheus *paræmia* 3. *n.* 19. Wesel *d. tract.* 2. *cap.* 2. *n.* 73. 74. 75. imo, quod amplius est, si maritus fundum in censum dederit, vel in dotem Ecclesiæ concesserit, ne natum quidem inde jus annui census aut patronatus Ecclesiastici commune fore, velut acquæstuum, sed ejus tantum, cujus & fundus fuerat, frequentius placuit, docente eodem Ant. Matthæo *d. paræm.* 3. *n.* 20. & Abrahamo a Wesel *d. loco*, quasi & hoc jus census aut patronatus videatur alienati dominii pars quædam residua esse, ac ob id eodem, quo fundus ipse, jure censendum sit. Vice versa, si maritus ante nuptias rem comparaverit, sed stante matrimonio ob enormem læsionem conventus ex *l.* 2. *C. de resc. vendit.*, suppleverit id quod justo rei pretio deest, res neque in totum, neque pro parte communis erit, tamquam acquæstus, sed tantum pretii supplementum soluto matrimonio uxor ex acquæstibus ante divisionem deducere poterit; quia prior venditio non resoluta, sed, ne resolveretur, neve dominium ab emtore avocaretur, supplementum pretii factum est; adeoque nulla recens acquisitio, sed sola prioris acquisitionis confirmatio apparet. Ita sentiunt quos citat & sequitur Wesel *d. tract.* 2. *c.* 2. *n.* 31. 32. 33. Simili modo, si maritus ante nuptias fundum emerit, sed addito pacto de retrovendendo, deinceps vero stante matrimonio id egerit cum venditore, ut is aliquo accepto remittat hanc retrovendendi necessitatem, irrevocabile ejusdem erit, cui antea revocabile fuerat exemto quæsitum; quippe qua pactionis remissione prior venditionis contractus non innovatur, sed magis firmatur, sublato metu resolutionis, quæ ex pacto sequi posset; neque quicquam de novo acquiritur, sed id tantum efficitur, ne rursus abeat atque recedat a nostro dominio, quod semel nostrum esse cœpit, Wesel *d. tract.* 2. *c.* 2. *n.* 28. 29 30. Nam & si, nuptiarum initarum tempore, conjugum alter res plures possederit fideicommisso obnoxias, quarum dominium operatur ab eo recessurum, ac postmodum durante matrimonio deficiat conditio fideicommissi, vel fideicommissarius ante fiduciarium, post suam mortem restituere rogatum, fato fungatur, nemo cum ratione dixerit, res illas jam pieno & irrevocabili jure acquisitas communes fore tanquam acquæstus ob id, quod nnnc in eum casum res devenerit, ut dominii in posterus amittendi metus esset.

43. An & hereditates, legata, donationes stante matrimonio alterutri conjugi delatæ in communionem acquæstuum veniant, ambiguum est. Plerisque visum fuit, hæc sub acquæstu non comprehendi, arg. *l. coiri* 7. *& seqq. ff. pro socio.* Sande *decis. fris. lib.* 2. *tit.* 5. *defin.* 5. *vers. porro*, Fontanella *de pactis antenupt. clausul.* 11. *gloss. unic. num.* 7. Mevius *ad jus Lubec. part.* 2. *tit.* 2. *art.* 12. *n.* 59. Jacobus Coren *consil.* 18. *n.* 23. quorum etiam sententiam ipse quondam amplexus sum *in tract. de familia erciscunda c.* 4. *n.* 12. Sed cum ibidem tunc temporis simul addiderim, *a communione excludendas non videri illas res, quæ marito vel uxori propter operas præstitas ab extraneo sunt donatæ, eo quod hæ potius per conjugis industriam acquisita dici debent*; & post illud tempus prodierit Abrahami a Wesel commentarius *de connubiali bonorum societate & pactis dotalibus*, in quo plenissime & exactissime hanc discussit controversiam, *tract.* 2. *c.* 2. *n.* 82. *& seqq.* placet nunc admodum distinctio ejus cujus hæc summa est; videndum esse, utrum titulo hereditatis aut legati aut donationis quid stante matrimonio obvenerit conjugi alterutri ab extraneis, an vero a parentibus, liberis, fratribus, aut cognatis, quibus & ab intestato conjux succedere posset sanguinis jure. Si ab extraneis, hoc totum acquæstui accensendum esse, tamquam quod non aliunde, quam ex opera, industria ac labore conjugis, institutione vel legato aut liberalitate alia honorati, videri potest profectum esse, atque etiam communibus conjugis utriusque impendiis atque dispendiis non raro obtentum; dum plerumque officiorum ac beneficiorum præstationibus, obsequiis, blanditiis, donis, muneribus, amicitiæ ac familiaritatis cultu, conviviorum apparatu, aliisque similibus demulcendi & inescandi artibus, non sine sumtu & quadam patrimonii proprii vel negligentia vel jactura adhibendis, provocare atque demereri student homines extraneorum ad donandum aut legandum liberalitates. Nec interest, cujus sit conditionis extraneus, a quo liberalitas in conjugem descendit: nam & si Princeps donationem in maritum contulerit, vel is in legatione occupatus donativum ab eo impetraverit, ad quem legationis causa missus est, commune erit, quod ita acquiritur; cum mariti industria causam dederit adventitii talis lucri accessioni, Ant. Matthæus *paræmia* 3. *n.* 3. Wesel *de connub. societ. d. tract.* 2. *c.* 2. *n.* 105. *& seqq.* Idemque dicendum, si coloni pro redimen-

da locatione fundi in plures annos ultro quid ex more obtulerint; præsertim quia id quasi mercedis pars esse videtur, eamque auget, singulis locationis annis pro rata imputandum, usque adeo, ut, matrimonio ante finem locationis dissoluto, donatum tale tantum pro rata temporis, quo stetit matrimonium, communioni cedat, sicut ipsa merces prædii locati ad unum conjugem pertinentis, Sande *decis. fris. libr.* 2. *tit.* 5. *defin.* 3. *circa fin.* vers. *similiter quod*, Ant. Matthæus *d. parœmia* 3. *n.* 8. *in fine*. Sin ex adverso hereditates, legata, donationes a parentibus aliisve propinquis conjugi alterutri sive ex testamento sive ab intestato obveniant, probandum omnino est, nihil horum acquæstibus accensendum esse, nec inter conjuges communicari. Cum enim ratio naturalis erga liberos charitatis, velut lex quædam tacita, simulque votum parentum, liberis parentum hereditatis addicat, *l. cum ratio* 7. *ff. de bonis damnat. l. & quia* 10. *ff. pro socio*, *l. nam etsi* 15. *ff. de inoff. test.* & turbato mortalitatis ordine non minus parentibus per liberos, quam liberis per parentes pie hereditas relinqui debeat, *d. l.* 15. ac denique sanguinis proximitas, & inde descendens erga propinquos a latere venientes affectio præcipua tum successionis intestatæ, tum institutionis testamentariæ & legati atque donationis causa sit; hoc vero ipsum sanguinis & affectionis inde ortæ vinculum naturæ ipsius ac nativitatis beneficium habeatur: consequens est, ut, quæ inde uni conjugi quæsita sunt, ejus solius propria maneant, tamquam obvenientia ex causa tali, quæ acquirenti connata, & proinde matrimonio longe antiquior est. Confer omnino Abrah. a Wesel *d. tract.* 2. *c.* 2. *n.* 81. *& seqq. ad n.* 102. Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 23. *n.* 23. Non tamen ad id, ut hereditates, legata, donationes, communioni acquæstuum exemtæ censeantur, hoc precise exigendum puto, ut istis modis honorati ita honoranti conjuncti sint, ut nullus iis proximior sit, adeoque successionis intestatæ jus ipsis competat, tanquam proximis. Nam &, si cognatus, præteritis proximioribus, remotiores instituat, vel ex pluribus eodem in gradu positis unum paucosve solos ad suam vocet hereditatem, legatisve beet, dum reliquos propinquiores, vel æque propinquos suo favore simulque successione indignos arbitratur, dubium esse non potest, quin ad remotiores honorandos ex sanguinis vinculo instigatus fuerit, perinde ac si proximiores alii vel æque propinqui, quos indignos credidit, jam rebus humanis fuissent exemti; quemadmodum liberos per exheredationem a parentum hereditate exclusos pro mortuis haberi, Ulpianus auctor est, *l.* 1. *§. sed & si* 5. *ff. de conjungendis cum emancip. liberis ejus*. Sed &, si sanguine junctos testamento institutos, vel legati aut donationis titulo honoratos ponas, verum tales, qui vel ex jure communi vel ex statuto ad successionem ab intestato vocati non sunt; magis tamen est, ut hæc acquæstuum albo adscribenda non sint; cum credibile sit, testantem aut donantem sanguinis potius & affectionis ratione, quam singularibus talium propinquorum benemeritis, ad institutionem aut donationem in eos conferendum permotum esse. Liberos naturales patri non succedere ab intestato, si maxime deficiant liberi legitimi, nisi in sextantem cum matre concubina dividendum, jus civile dictat, *novell.* 89. *cap. discretis igitur* 12. *§. si quis autem* 4. Filio post obitum patris moriente sine liberis neque matrem superstitem, neque ullum ex matris superstitis latere seu linea junctum, ab intestato succedere tali filio, per jus Hollandis Scabinicum inductum est. Si tamen pater filium naturalem ex asse vel ex parte instituerit, vel filius immobilia habens in solo Hollandico juris Scabinici, matrem suam, aut ex matre etiamnum superstite natos fratres uterinos heredes scripserit, vel luculentas donationes aut legata iis dederit, non facile quisquam illa acquæstui accensuerit, si cogitet, non tam ex aliqua industria vel opera vel singularibus benemeritis talium propinquorum testantem aut donantem ad liberalitatem in eos hisce modis exercendam permotum fuisse, quam potius vinculo naturali sanguinis, atque inde natæ debitæ pietatis ac affectionis, (licet successionis intestatæ effectum jus ipsum inde non induxerit) dum & illis propinquis, qui nullo officio aut beneficio favorem meruerunt; vel etiam amicitiæ jura remissius coluerunt atque frigidius, per institutiones aut legata consulere homines æqui ac boni solent, proximitatis potius ac sanguinis, quam meritorum habentis rationem.

44. Habet autem locum hactenus exposita distinctio, quoties rei donatæ natura non respuit communionem. Si enim marito stante matrimonio a cognato vel extraneo virile munus seu militia, sed venalis, donata sit, vel etiam feudum, ac ipse solus investituram de eo acceperit, sibi soli munus illud aut feudum habiturus est: ut tamen æstimatio ejus ex aliis conquisitis præcipi possit soluto matrimonio per uxorem aut heredes ejus, si non a cognato sed extraneo gratis hæc data sint. Neque rationem ullam animadverto, cur contra senserit Abrah. a Wesel *de connub. societ. tract.* 1. *n.* 68. *& seqq.* uxorem scilicet hoc casu nec in feudi ipsius nec in æstimationis partem posse venire. Non enim satis cum iis cohærent, quæ supra a me ex ipso adducta sunt, puta, ab extraneis donata sub acquæstu contineri. Nam etsi feudi ipsius individui possessionem nequeat uxor sibi nancisci, æstimationis tamen præcipiendæ capax est. Ne dicam posse maritum impetrare a domino directo, ut inter se & uxorem ejus feudum dividatur, si id sibi magis expedire credat, quam pretii deductionem pati; ut patet ex iis, quæ scripsi in *t. de ritu nupt. n.* 72.

45. Sed & secundo non aliter obtinet distinctio superior, quam cum testantium aut donantium mens certa non est, utrum uni, an utrique conjugi velint acquiri, quæ donata vel testamento relicta sunt. Nam si extraneus donans aut legans nominatim expresse it, se nolle, ut donata vel testamento data cedant acquæstuum communioni, voluntati isti standum foret; cum in potestate donantis sit, quam velit legem donando rei suæ adjicere, *l. legem* 9. *C. de donation. l. ea lege* 3. *C. de condict. ob causam dator. l. quoties* 3. *C. de donat. quæ sub modo*, & secundum Gajum *in traditionibus rerum quodcunque pactum est, id valere manifestissimum sit l. in traditionibus* 48. *ff. de pactis*, Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 23. *num.* 23. *in fine*, Wesel *de connub. societ. d. tract.* 2. *cap.* 2. *num.* 109. ibique *DD. cit.* Et vice versa, si propinqui donantes vel legantes communiter utrique conjugi donatum voluerint aut

legatum, non dubium est, quin ita quæsitum communioni cedat, per easdem rationes. Idemque dicendum, si ex probabilibus circumstantiis colligi possit, eam propinqui donantis mentem fuisse, ut conjugi utrique communiter acquireretur, dum modicæ tantum donationes, morem regionis & consuetudinem aliorum istius dignitatis ac patrimonii propinquorum non excedentes, in conjugem collatæ sunt; quo pertinent munera nuptialitia, vel natalitia, aliaque munera solemnia parentibus liberis cognatisve mittenda, arg. *l. munus* 214. *ff. de verb. signif.* junct. *l. cum plures* 12. §. *cum tutor* 3. *l. tutor* 13. §. *in solvendis* 2. *ff. de admin. & peric. tut.* Carpzovius *defin. for. part.* 3. *constit.* 22. *defin.* 1. 2. 6. Tuldenus *ad tit. C. de donat. ante nupt. n.* 6. Groenewegen *ad l.* 19. *C. de donat. inter vir. & uxor.* Ant. Matthæus *parœmia* 3. *n.* 8. *fere in fine.*

46. Denique si pacto dotali id actum sit, *ut bona in subsidium matrimonii collata redeant soluto matrimonio ad latus illud unde profecta sunt*, nec bonorum postea ex hereditate obventurorum mentio ulla sit, hereditates, legata, donationes, matrimonio, constante uni delatæ, conjugibus apud nos, ubi statutaria probata bonorum omnium communio, communes erunt; eo quod exclusio unius continet alterius inclusionem, nec significatio *collatorum in matrimonio* comprehendit in futurum quærenda; quæ proinde dispositioni juris statutarii, hactenus neque expresse neque tacite derogati, censeri debent relicta esse, Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 81. *vers. ten vjerden.* Plane, si simpliciter convenerit, ut damnum & lucrum stante matrimonio obveniens conjugibus commune sit, (*dat winst en verlies staande houwelykgemeen sal siin*) nec nominatim isti quæstuum communioni hereditates pacto subductæ sint, tacite tamen id actum creditur, ne communioni cedant; eo quod ex sua natura quæstus continere non solet hereditates a cognatis profectas, arg. *l. quæstus enim* 8. 9. 10. *ff. pro socio.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. l.* 2. *cap.* 12. *n.* 10. De Someren *de jure novercar. cap.* 3. *n.* 8. Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 2. *n.* 81. Leeuwen *censur. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 19. atque adeo tunc circa hereditates, legata, donationes distinctio superius probata usum inveniet, perinde ac si convenisset aperte, hereditates in quæstu haud numerandas esse.

47. Illud expeditum est, acquæstibus accenseri non oportere, adeoque nec communioni cedere, sed ad dotis augmentorum pertinere usuras, pensiones rerum utrimque illatarum, quarum dies cesserat ante nuptias contractas, aut demum soluto matrimonio cessurus est; sicut nec fructus, qui naturaliter ex rebus illatis ante nuptias percepti sunt, vel soluto matrimonio percipiendi erunt, in quantum fructus anni postremi pro rata temporis, quo stetit matrimonium, dividendi sunt, *l. si ante* 6. *l. fructus* 7. §. *Papinianus* 1. *l. si alienam* 11. *l. si marito* 31. §. *ult. ff. soluto matrimon.* circa quod postremum tamen mores hodiernos variare, dicetur latius in *tit. soluto matrim.* Longe minus ipsa veniunt rerum cujusque conjugis propriarum augmenta, sive illa externa sint, veluti alluviones, insulæ ante fundum natæ, aliaque similia, quippe quæ fundi ipsius naturam dominiumque sequuntur, arg. §. *præterea* 20. & *seqq. Instit. de rer. divis. l. ult. C. de alluvionibus, l.* 1. *em, si fundi* 9. §. *huic vicinus* 4. *ff. de usufructu, & quemadm. quis utat.* sive interna, qualia pretiorum incrementa. Ant. Matthæus *parœm.* 3. *n.* 27. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 1. & *par.* 4. *consil.* 354. Wesel *de connub. societ. d. tract.* 2. *cap.* 2. *n.* 125. 126. 130. Jure tamen singulari in Hollandia receptum est, alluviones feudorum, licet ne in universalem quidem bonorum omnium communionem venientium, non modo universali, sed & acquæstuum solorum communioni cedere, quoties stante matrimonio augmentum illud communi conjugum impensa aggeri inclusum est, quasi non accessio feudi, sed fructus esset, industria sumtuque communi quæsitus, Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 42. *n. ult.* quod ipsum longe magis in alluvione allodialium unius conjugis probandum, ubi aggeris munitione inclusa est: cum facilius communia fiant accessoria rei communionem sua natura non respuentis; qualis est allodialis fundus, quam illius, quæ communioni per leges aut mores ob sui qualitatem exemta est.

48. Quæ autem communionis lucri, eadem & damni ratio est; adeo ut, si tabulis antenuptialibus actum fuerit, lucrum conquisitum conjugibus commune fore, nulla damni mentione habita, damnum etiam commune futurum sit, arg. §. *illud expeditum* 3. *Inst. de societate, l. secundum* 10, *ff. de reg. juris.* Atque hic, uti conjuges æqualiter de lucris stante matrimonio quæsitis participant, licet alter plus, alter minus contulerit, majorque mariti, quam uxoris ad divitias parandas industria sit, aut vice versa; ita quoque, si nihil lucrati sint, sed censum diminuerint, æqualiter utriusque patrimonio decedet; unde, si ad millium viginti quantitatem ex conjugum substantia durante matrimonio dissipatum sit, cum vir decem millia, uxor millia viginti contulisset, soluto matrimonio nudus dimittetur maritus aut heredes ejus, decem millibus, quæ tantum supersunt, uxori soli heredive ejus adjudicandis. In qua lucri damnique proportione differt acquæstus conjugalis, ejusque inter conjuges communio a societate simplici inter alios inita, quippe in qua unicuique sociorum lucra & damna cedere pro rata parte, qua quisque intulit in societatem, quoties aliud actum non apparet, in *t. pro socio n.* 8. expositum est. Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 3. *n.* 118. Respons. Juris. Holl. *par.* 1. *consil.* 53. Sicut & in eo, quod sumtus, in curationem morbi conjugis unius durante societate conjugali facti, imputentur damni communioni; cum alioquin in societate simplici, quæ non est universorum bonorum, socius quisque curationis suæ impensam ferat; nisi in negotiis societatis expediendis occupatus, eorundem occasione vulneratus sit, *l. cum duobus* 50. §. *quidam* 4. *l. socium* 60. §. 1. & *l.* 61. *ff. pro socio*, Sande *decis. fris. lib.* 2. *t.* 5. *defin.* 8. *in pr.* Quæ una cum aliis indicio sunt, non ita temere a societate simpliciter secundum jus civile inita ad hanc inter conjuges lucri damnique communionem in omnibus argumentum duci posse; prout id etiam aliis adstruit Wesel *de connub. societ. tract.* 1. *cap.* 2. *n.* 162. 163. 164.

49. Similiter uti neque alluvio neque insula ante fundum unius conjugis proprium nata, neque incrementa pretii, in acquæstuum communione continentur, paulo ante monitum est, ita quoque interitus, dimi-

nutio, corruptio, depretiatio rerum talium sive immobilium, sive mobilium, sive actionum, damnum commune non est; cum res suo pereat domino ac corrumpatur, *l. quæ fortuitis* 6. *l. pignus* 9. *C. de pignorat. act.* Sande *decis. fris. lib.* 2. *t.* 5. *defin.* 8. *in fine*, Coren *consil.* 18. Carpzovius *defin. for. par.* 2. *constit.* 42. *defin.* 19. & 20. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 22. Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 3. *num.* 15. & *seqq.* Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 1. vers. *vel verstaende, et par.* 2. *consil.* 106. vers. *ten tweden et consil.* 284. *et* 326. *in med.* vers. *ende dat de Schade*. Dissent. Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 14. Sed & si conjugum alter navim exerceat, reditumve habeat vitalitium, licet quæstus omnis ex navigii exercitio, & annua vitalitii reditus utilitas in totum cedat communioni acquæstuum, tanquam fructus, argumento eorum, quæ de usufructu scripta in *tit. de usufructu et quemad. quis utat. num.* 25. interitus tamen navis, aut juris ipsius reditus illius vitalitii solum eum, qui in matrimonium ista contulerit, gravaturus est, arg. *l. arboribus* 12. §. *navis* 1. *ff. de usufructu et quemad. quis utat. l. si navis* 62. *ff. de rei vindicat.* Frustra dissentiente auctore Responsi inter consil. Holl. *par.* 2. *consil.* 170. qui, dum deteriorationem depretiationemque navis in communionem damni acquæstibus oppositi haud venire confitetur, rationem non habet, cur interitum velit utrique conjugi communem esse. Neque interest, utrum res mobiles aut immobiles æstimatæ an inæstimatæ in matrimonium collatæ sint, præsertim secundum mores nostros secundum quos æstimatio non facit in dubio venditionem, nec periculum dotis æstimatæ in maritum transfert aut conjugibus communicat, sed potius, ubi res in dotem æstimatas soluto matrimonio reddi placuit, summa declaratur, non venditio contrahitur, convenienter legi *cum post divortium* 60. §. *cum res* 7. *ff. de jure dot.* & arg. *l. quotiens* 5. *C. de jure dot. l. quod si fundus* 11. *ff. de fundo dotali*, nisi aperte probetur, eas vendendi opinione collatas fuisse æstimatas, *d. l.* 5. *l. cum dotem* 10. *C. de jure dot.* Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 3. *n.* 20. *et seqq.*

50. Licet autem æs alienum, stante matrimonio contractum, utrumque gravet conjugem, admissa sola acquæstuum seu lucri & damni communione, sed aliter in Hollandia, aliter Ultrajecti, ut latius dictum *in tit. de ritu nupt. n.* 52. 53. damno tamen communi accensendum non est debitum alterutrius conjugis, quod matrimonio vetustius est. Quo & reductum a Rodenburgio, quod dotis titulo per binubum in liberos primi thori erogatur, quippe jam ante nuptias secundas contractas debitum sub conditione, si matrimonium a liberis ineatur, *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 1. *num.* Adde D. Joh. a Someren *de jure novercar. cap.* 3. *num.* 1. 2. 3. Quæ hactenus vera apud nos, quatenus conjux alter soluto matrimonio tantum præcipit, quantum nomine æris alieni alterius conjugis stante matrimonio creditoribus solutum, aut liberis prioris matrimonii in dotem datum est, si quidem in bonis conjugis debitoris, aut in acquæstibus inveniatur seu supersit, unde deductio illa fiat. Alioquin enim ex accidenti eveniet, ut hujus quoque æris alieni & dotis datæ intuitu in damno hæreat, qui debitor non fuerat, in quantum privignis adimi nequit dos, quæ data est; sed tantum personalis actio pro socio contra maritum aut heredes ejus uxori competit, si non doceatur, in fraudem uxoris majorem privignæ dotem, quam par erat, constitutam esse, Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 2. *n.* 191. 198. 199. uti &, in quantum bona conjugis unius pro debitis alterius conjugis matrimonio antiquioribus excuti constante matrimonio possunt, si tantum simpliciter id actum sit, ut bona redeant ad latus unde processerunt, & damni lucrique solius communio vigeat, nec ulterius pacto alio potentiore huic fuerit excussioni obviam itum. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 205. 206. (*potius* 305. *et* 306. *pap.* 558. *et seqq.*) Etenim ad avertendum talis excussione periculum, vel generaliter concipiendum foret pactum antenuptiale, ne marito jus ullum sit alienandi stante matrimonio res ab uxore illatas, aut aliter uxoris proprias factas, quo casu vindicationem alienatorum contra pactum mulieri competere supra, *h. t. n.* 21. dictum est: vel saltem id agendum specialiter, ne bona uxoris pro debitis mariti ante matrimonium contractis pignori capi ac excuti queant; aut ne uxor de debitis mariti matrimonio antiquioribus conveniatur, Respons. Jurisc. Holl. *part.* 5. *cons.* 133. *in pr.* Neostadius *de pactis antenupt. observ.* 19. Qualium conventionum insinuationem apud acta licet requirat placitum Ordinum Hollandiæ 32. *Julii* 1624. *art.* 4. *vol.* 1. *placit. pag.* 377. ad id, ut creditoribus obstare possint, tamen hoc usu servatum non est. Sed Ultrajecti per novellam decisionem 14. *Aprilis anni* 1659. *art.* 6. dispositum, non aliter pactum tale creditoribus obfuturum, quam si vel integræ tabulæ dotales vel saltem illa specialis conventio æs alienum concernens, tabellionis publici subscriptione munita sit. Neque existimandum est, aliqua pactiones hasce laborare iniquitate: non enim ex earum numero sunt, per quas creditorum petitio, vel jus jam quæsitum a debitoribus tollitur aut læditur aut immutatur, quod fieri vetitur, *l. Imperatores* 3. *ff. de transactionib. l. debitorum* 25. *C. de pactis*, sed potius conventionibus talibus id unum agitur, ne creditoribus, qui cum uno tantum contraxerunt, eumque solum obligatum habent, actio nascatur adversus alterum conjugem, cum quo contractum non est. Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 6. *n.* 14. & *seqq.* docet, apud nos inventario bonorum a conjugibus illatorum opus non esse ad id, ut hæc pacta adversus creditores effectum sortiantur; sed sufficere, quod conjux distractioni rerum intercedens doceat, res illas sui juris atque dominii fuisse, licet apud Gallos, Burgundos, Gelros bonorum catalogus videatur necessarius auctore Lamberto Goris *adversar. tract.* 1. *capite quarto*, *num.* 18., aliisque ibidem & a Weselio *d. loco* allegatis.

51. An sub ære alieno durantibus nuptiis contracto, & vi pacti de communione lucri & damni æqualiter ferendo, contineatur etiam obligatio ex tutelæ administratione, negotiorum alienorum procuratione, fidejussione, similibusque, colligendum ex iis, quæ de maritali circa uxores obligandas potestate *in tit. de ritu nupt.* tradita *n.* 53. Et quomodo in casu, quo bonorum aut acquæstuum inter conjuges communio est, uxor marito moriente per solemnem tempore eo, quo maritus effertur, factam bonorum abdicationem liberari possit ab onere æris alieni, cui forte supra

patrimonii sui vires obnoxia per maritum est reddita, explicabitur *in t. de cessione bonorum.*

52. Quia vero experientia compertum est, maritos aliquando luxu atque profusione, nonnunquam negotiatione temeraria vel infelici, in immensum obligasse uxores suas, infrequens non est, per pacta dotalia mature uxori prospici; ne tantopere de bonis illatis periclitetur, dum id agitur ut mulier dotem salvam habeat, eaque contenta sit, nec ex mariti contractibus stante matrimonio ineundis teneatur, nec damni ullius lucrive stante matrimonio evenientis participium habeat. Cujus pactionis apud Hollandos quidem ea vis est, ut Romana dotium jura reducta intelligantur, hactenus saltem, ut uxor soluto matrimonio creditores mariti non metuat, & pro dote recuperanda in bonis mariti prælationem habeat ante alios creditores, sive hypothecarios sive chirographarios, quibuscum stante matrimonio contractum est; non item ante eos, qui in bonis mariti hypothecam conventionalem vel legalem matrimonio antiquiorem adepti sunt, Neostadius *de pact. antenupt. obs.* 9. Groenewegen *ad l.* 30. *C. de jure dot.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 79. & *part.* 4. *consil.* 266. *qu.* 1. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *l.* 1. *cap.* 12. *n.* 3. Wesel *de connub. societ. tract.* 7. *cap.* 1. *n.* 93. Quod & conveniens est edicto Caroli V. 4. *Octob.* 1540. *art.* 6. Si qui tamen stante matrimonio in familiæ sustentationem quid crediderint, eos mulieri non esse postponendos verius est; cum in Hollandia judicatum fuerit, uxorem soluto matrimonio, non obstante tali pacto dotali, pro semisse de tali credito conveniri posse: regressum adversus mariti heredes habituram, Groenewegen *ad tit. C. ne uxor pro marito, n.* 4. *Appendix decisionum pag.* 39. *in med. post responsa Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1. Apud Ultrajectinos vero atque Frisios conventiones tales antenuptiales non impediunt, quo minus uxor soluto matrimonio per creditores in solidum conveniatur de eo ære alieno, quod stante matrimonio contractum fuit, regressum deinceps habitura ad indemnitatem adversus maritum aut heredes ejus, a quibus etiam sui defensionem recte desideraverit, ubi per creditores mariti cœpit conveniri. Ut proinde pactiones tales non obsint creditoribus juxta *l. debitor.* 25. *C. de pactis*, sed tantum inter maritum & uxorem ac heredes utriusque vires suas exserant, damnumque uxoris sit, si forte exsolvendis hisce patrimonium mariti impar fuerit. Nisi propalam prævio judicis consensu promulgatæ fuerint tabulæ antenuptiales, & per programmata publice omnibus significatæ, vel, cum publicatio facta non esset, probetur, creditorem eo tempore, quo contrahebat, pactionis illius ignarum haud fuisse, Sande *decis. fris. lib.* 2. *tit.* 5. *defin.* 8. *fere in fine.* Rodenburch *de jure conjugum tract. prælimin. de statutor. diversit. t.* 4. *parte altera, cap.* 1. *n.* 5. Adde D. Johannem a Someren *de jure novercar. cap.* 8. *n.* 5. 6. Wesel *de connub. societat. tract.* 2. *cap.* 3. *num.* 119. & *seqq. ad num.* 127.

53. Proximum hisce pactum est, quo mulieri electio reservatur, utrum lucri & damni stante matrimonio evenientis particeps esse, an vero iisdem renuncians dotis restitutionem soluto matrimonio desiderare velit; prælationem tunc pro dote eodem modo ut in superiori casu habitura. Quale pactum ut in Hollandiis probatum est, ita & justitiam ejus adstruit Neostadius *de pactis antenupt. observ.* 9. ibique *in notis.* Hugo Grotius *inter Responsa Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 303. (*potius* 203.) *pag.* 541. Sed quemadmodum e contrario Ultrajectinis displicuit hactenus saltem, ne creditoribus adimat facultatem conveniendi uxorem; ita nec mirum, quod illud iniquitatis arguere conetur Abrah. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 6. *num.* 38. & *seqq.* Quicquid ejus sit, illud utique statuendum videtur, pactum tale non recte in ipsa Hollandia interponi ex parte mariti, sic ut eo creditores impediti essent soluto matrimonio maritum pro debitis stante matrimonio contractis interpellare, sive ipse, sive uxor ejus, publica forte mercatrix, contraxerit; cum & per uxorem talem velut institricem maritus contraxisse intelligatur, & absurdum sit, ipsum illum, qui contraxit, actionem inde natam velle declinare vi pacti, non cum creditore illo, quocum contraxit, sed cum alio (sponsa scilicet) celebrati, Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 11. *vers. sed mulieribus.* Plane, quin pactio talis conjugum ipsorum intuitu rata manere debeat, maritusque de debitis stante matrimonio contractis conventus a creditoribus post dissolutum matrimonium ac condemnatus, regressum vi hujus conventionis adversus uxorem aut heredes ejus habiturus sit, dubitare non oportet; cum talis conventio hactenus ei non absimilis sit, qua id agitur, ut mulier omnia matrimonii onera sola sustineat; quod fieri posse manifestum est, arg. *l. ubi adhuc* 29. *fere in fine C. de jure dot.*

54. An autem pactio hæc reservatæ electionis, ex parte mulieris interposita, ei soli, an vero & heredibus ejus, profutura sit, ac tributura eligendi jus, non æque expeditum est. Dissona enim atque contraria Jurisconsultorum fori Batavici responsa non semel videre licuit; aliis quidem ea ratione causæ heredum patrocinium præbentibus, quod in dubio unusquisque non sibi tantum, sed & heredibus suis pacisci atque cavere intelligatur, licet heredum mentio facta non sit, *l. pactum* 9. *ff. de probation.* aliis e converso contendentibus, jus illud electionis, tanquam solius mulieris providentia inductum, aliis prodesse non debere, arg. §. *fuerat antea* 29. *in fine Instit. de action.* Me quod attinet, tentandum existimem, an non distinctione res terminari, dissidiumque componi possit. Aut enim quæstio hæc de electione inter heredes mulieris & creditores mariti de prælatione inter se contendentes agitatur, aut ex adverso inter maritum aut heredes ejus ac heredes uxoris ea de re contentio est. Si enim inter mulieris heredes ac mariti creditores de prælatione ex vi talis electionis quæstio sit, dum heredes ob æs alienum gravius stante matrimonio contractum dotem mulieris sibi salvam cupiunt, in eaque recuperanda cæteris desiderant creditoribus anteponi, secundum usum Hollandicum, quo privilegium prælationis tali pacto tributum est, si quidem heredes non descendentes mulieris, sed vel ascendentes vel collaterales aut prorsus extranei sint, non videtur ipsis asserendum hoc prælationis jus, quippe quod muliebris sexus favore, adeoque solius mulieris providentia inductum, extensionem ad heredes extraneos haud admittit, arg. *d.* §. 29. *in fine Inst. de action.* præsertim, cum exorbitans admodum a jure communi hodierno sit ista prælatio, dum creditores jure commu-

ni hodierno nitentes, marito, & ita quoque mulieri jure maritalis potestatis per maritum obligandæ, in creditum abierunt, ignari pacti illius dotalis, sæpe clam concepti, ac studiose celati, vel dissimulati. Sin mulier ita pacta liberos suos primi vel ulterioris gradus sibi successores habeat, magis est, ut liberis hisce pro conservanda matris suæ dote hæc electionis ac prælationis cohærentis prærogativa perinde asseratur, ac si mater ipsa etiamnum in vivis esset. Nam & secundum jus civile cum Imperator, de dotis agens restitutione, scripsisset, *præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum mulier ipsa de dote sua experiatur; cujus solius providentia hoc induximus d.* §. 29. *in fine Instit. de action. novell.* 61. *cap.* 1. §. *ult.* non tamen eo minus liberis eandem, quam matri tribuerat, prærogativam sese servare ad dotem recuperandam professus est, *l. ult.* §. 1. *circa fin. C. qui pot. in pign. novell.* 91. *in præfat.* Et quamvis secundum Ulpianum atque Paulum exploratum esset, maritum de dote restituenda conventum, in id quod facere potest condemnari, sed hoc heredi non esse præstandum, quia tale beneficium personale est, & cum persona extinguitur, *l. maritum* 12. *l.* 15. *ff. soluto matrimonio*: tamen & Pomponio & Labeoni jam ante placuerat, etiam filios mulieris, qui patri heredes extiterant, de dote reddenda interpellatos, in id quod facere possent condemnatos esse, *l. etiam filios* 18. *ff. eod. tit. soluto matrim.* Atque ita etiam, cum ex jure Saxonico in arbitrio viduæ esset, an portionem statutariam constitutione Electorali sibi assignatam eligere, an vero bona illata repetere malis, electionem illam descendentibus quidem mulieris jam defunctæ heredibus, at non ascendentibus, multoque minus extraneis, defendendam censuit post Mollerum *semestrium lib.* 1. *cap.* 14. Carpzovius *defin. forens. par.* 3. *constit.* 20. *defin.* 41. & 42. Nec obscure pro liberis in hac quæstione militat Hugo Grotius inter Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 303. (*revera* 203.) *n. ult. pag.* 543. Hæc ita, ubi inter creditores, qui stante matrimonio crediderunt, & heredes uxoris de prælatione quæstio est. Sed si inter maritum aut heredes ejus & uxoris defunctæ heredes de pacti hujus vigore controversia intercedat, etiam extraneis mulieris heredibus pactionem illam proficere debere, existimem: ad id, ut hi a marito aut heredibus ejus jure desiderent, sese in dimidiam admitti partem lucri, si quod tempore soluti matrimonii, pensato omni damno, supersit, aut suo arbitrio solam exigant dotis restitutionem stante matrimonio diminutam magis, quam auctam credant familiarem conjugum rem. Etenim, ut alias, ita quoque tabulis dotalibus, non nobis tantum, sed & heredibus nostris paciscimur, licet heredum mentio facta non sit, *l. si pactum* 9. *ff. de probation.* Lamb. Goris *adversar. tract.* 3. *part.* 1. *cap.* 2. *n.* 2. & *seqq.* Neque pactum hoc, quatenus inter hasce personas defunctum defunctamque repræsentantes hunc habet exitum, a jure communi exorbitans est, aut ulli tertio, quocum pactum non fuit, ullum adfert præjudicium, sed soli marito aut iis, qui in universum ejus succedunt jus; qui etiam maritus imputare sibi debet, quod ea lege voluerit in matrimonium cum uxore convenire, quæ leoninam non facit societatem, omne lucrum uni damnum omne alteri socio irrogantem, juxta *l. si non fuerint* 29. §. *Aristo* 2. *ff. pro socio*, sed quam, uti naturalis ratio non reprobavit, ita probavit omnino civile jus; secundum quod, dum sustinetur inter socios conventio, ut unus eorum lucri partem ferat, de damno non teneatur, si scilicet pensato omni lucro cum damno, plus adhuc in damno sit, §. *de illa* 2. *in fine Instit. de societate, l. si non fuerint* 29. §. *ita* 1. *ff. pro socio* (adde *tit. pro socio n.* 8.) non potest non ratum esse hoc nostrum pactum; quippe quo nihil aliud actum intelligitur, quam ut uxor de damno non teneatur, sed dotem salvam habeat, lucri vero partem ferat dimidiam, si quid conjuges stante matrimonio post pensatum omne damnum lucrati sint: Responsa Jurisc. Holl. *d. par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 303. (*revera* 203.) *p.* 541. Eoque facit, quod supra monitum, pactum dotale, ut uxor dotem salvam habeat, in locis, ubi hactenus improbatum est, ne creditoribus mariti obesse possit, quoties publicatum non est, obesse tamen marito & heredibus ejus, ut integram heredibus uxoris post dimissos creditores dotem reddant. Confer Claudium Guerinum *ad jus civile Parisiorum art.* 237. Joh. Papon. *lib.* 15. *tit.* 4. *arrest.* 12.

55. Quod si conjuges Hollandici tabulis antenuptialibus pactum tale electionis comprehenderint, deinde interjecto spatio Ultrajectum migraverint, aliumve in locum, in quo pacta talia nihil in præjudicium eorum, qui stante matrimonio crediderunt, operantur, tandemque rursus in Hollandiam redierint suamque illic de novo constituerint sedem fortunarum; pacti quidem talis vim recte uxor soluto matrimonio iis opponet creditoribus, quibuscum tempore domicilii in Hollandia ab initio habiti aut post repetiti contractum fuit, non vero iis, qui conjugibus eo tempore abierunt in creditum, quo domicilium Ultrajectinam in Diœcesin habuerunt translatum, seu pactum operabitur quidem quantum ad creditum Hollandicum, non item quantum ad Ultrajectinum. Initium enim contractus cujusque, non vero id, quod postea supervenerit, inspiciendum est arg. *l. si procuratorem* 8. *pr. ff. mandati, l.* 1. §. *certe* 2. *ff. de Senatusc. Maced. l. pretii causa* 9. *C. de rescind. vendit. l.* 1. *in fine ff. commodati*; & uti privatis debitorum conventionibus petitio creditoris semel ei nata *neque tolli neque mutari potuit, l. debitorum* 25. *C. de pactis*, ita migratione identidem contingente, de qua tempore contractus a creditoribus neque cogitatum fuit, neque cogitari debuit, jus agendi vel minui vel augeri vel immutari, æquum non est, Rodenburch *de jure conjug. in tract. prælim. de statutor. diversit. tit.* 4. *parte altera, cap.* 1. *n.* 5. 6. 7.

56. Sciendum tamen, uxores in Hollandia eo in casu, quo dotem sibi salvam aut electionem secundum ante dicta pactæ sunt, indeque ante alios creditores prælationem habent, non impediri, quo minus pro maritis suis fidejubendo intercedant, atque ita huic vel illi oneri æris alieni stante matrimonio contracti se sponte subjiciant. Qua ratione expresse cautum, ne quis ad publicam vectigalium Hollandicorum conductionem admittatur, aut in societatem istius conductionis assumatur, aut tanquam fidejussor interveniat, cujus uxor aut dotem sibi salvam, aut electionem suprascriptam stipulata fuit, nisi ipsa pactis hisce in usum fisci renunciet, ac pro suo marito solemnem subeat fidejussionem, *Placito Ordinum*

Hollandiæ 16. *Martii* 1679. *vol.* 3. *placit. Holland.* *pag.* 799.

57. Nec prætermittendum, cum pactis proxime expositis confundi non oportere conventionem illam antenuptialem, qua id agitur, ut mulier omni casu dotem salvam habeat, insuperque dimidiam capiat lucri stante matrimonio quæsiti partem; eo quod pactio hujuscemodi ne in Hollandia quidem, longeque minus Ultrajecti, ullum mulieri jus prælationis tribuit ante alios mariti creditores in bonis mariti, sed tantum post dimissos creditores ei aut heredibus ejus actionem parit in maritum heredesve ejus, ut placitorum fides impleatur, Neostadius *de pactis antenupt. observ.* 21. *in notis*, vers. *hac autem specie*, Groenewegen *in notis ad Grotii manuduct. jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 12. *n.* 6. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 11. verso, *ut ne quis*, Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 1. *n.* 93. Adde tamen Responsa Juriscons. Holl. *part.* 4. *consil.* 266. Quod & dicendum, si id actum sit, ut dos mulieri salva sit, & fundus dotalis impensa mariti reparetur, instauretur, melioretur, nullaque eo nomine per maritum aut heredes ejus soluto matrimonio deductio petitiove fiat; quale pactum, quantum ad ipsos conjuges attinet, effectu haud esse destituendum, post alios tradit Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 2. *n.* 137.

*57. Agmen pactorum dotalium hactenus expositorum claudant illa, quæ de futura agunt successione, quæque jure quidem civili improbata, moribus tamen in tabulis antenuptialibus probata sunt, ut dictum *t. de pactis n.* 16. adeo ut per ea statutis, de successione agentibus, derogari possit, secundum ea, quæ per turbam testium deposita sunt, *Notabele poinien van leenen in additamentis post Petrum Bort de feudis Hollandiæ pag.* 14. Adde Sande *decis. fris. lib.* 2. *t.* 2. *defin.* 7. Fredericus Sande *de feud. Gelriæ tract.* 1. *t.* 2. *cap.* 3. Groenewegen *ad l.* 5. *C. h. t. de pact. convent* Quale pactionum genus cur tam frequenter nuptiis, præsertim in Hollandia, præmitti soleat, rationes accurate descripsit Cornelius Neostadius *de pactis antenupt. observ.* 2. *in notis*, versu, *ratio autem*. Nec dubium, quin multifariam hæ conventiones interponi queant. Etenim vel concernunt conjugum ipsorum successionem inter se, veluti, ut ultimus superstes omnia conjugis prædefuncti bona sibi servet, aut partem eorum; quod coincidit cum pacto de lucranda dote, parteve ejus, superius exposito. Vel respiciunt successionem tertii in bona conjugum; puta ut matrimonio soluto bona redeant ad latus illud, unde profecta sunt. Ut conjugis prædefuncti heredes per superstitem certæ quantitatis aut rerum præstatione dimitti possint. Jacobus Coren *consil.* 9. Ut post mortem ultimi superstitis æqualiter in universum patrimonium propinqui conjugis utriusque admittantur. Ut soli prioris matrimonii liberi succedant, ac ex posteriore progeniti certis tantum rebus ex hereditate paterna percipiendis contenti sint; dummodo in iis suam legitimam secundum mores nostros salvam habeant, D. Someren *de jure novercar. cap.* 3. *sect.* 1. *n.* 3. DD. vulgo *ad lib.* 2. *feudorum t.* 29. *de filiis natis ex matrimonio ad morganicam contracto.* Aut e converso, ut liberi posterioris matrimonii majorem capiant portionem hereditariam ex patrimonio parentis binubi, quam qui ex nuptiis anterioribus nati sunt; quod sustineri, si non fraus manifesta doceatur, dictum est in *t. de ritu nupt. n.* 119. Vel tertio pertinent ad successionem in bona liberorum ab ipsis conjugibus profecta, si forte liberi tales sine descendentibus ulterioribus in fata concedant; sive tabulis dotalibus certæ personæ nominatim successores liberorum designatæ sint; sive per electionem Aesdomici, vel Scabinici, vel alterius cujusque juris succedendi, atque ita per relationem ad hoc aut illud successionis legitimæ municipale aut provinciale statutum, ordo successionis præfinitus fuerit; Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 29. Neostadius *de pactis antenupt. obser.* 2. *in notis*, Rodenburch *de jure conjugum in tract. prælimin. de statutor. diversit. t.* 3. *part. priore, cap.* 2. *num.* 1. sive denique quarundam rerum intuitu jus unius loci, aliarum respectu alterius loci jus electum sit. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 339. (*revera* 239.) *pag.* 699 eo quod in omnibus hisce casibus perinde res habetur, ac si hi ipsi, quos jus electum designavit, nominatim tabulis dotalibus fuissent enarrati. Vel denique quarto tractant de successione in bona tertii, in talia pacta consentientis; dum forte sponsi sponsæve parentes, aut cognati, aut etiam extranei ad promovenda sponsalia promissionem pacto dotali inserunt, qua sponsum aut sponsam, eorumve liberos ex eo matrimonio nascituros sibi ex asse, vel ex parte successuros cavent. Hæc exempli causa recensuisse suffecerit, pleniorem enim si quis pactorum de futura successione explanationem desideret, præsertim quatenus illa non tam nostris quam aliarum gentium moribus conveniunt, adeundi sunt auctores illi, quos adnotavi *in t. de pactis n.* 16. *in fine*.

58. De eo dubitari posset, utrum pactis dotalibus de futura feudalium successione efficaciter disponi queat, ubi domini directi consensus adhibitus non est, aut saltem ratihabitio ejus stante matrimonio non intervenit? In Gelria domini directi assensum desiderari, auctor est Federic. a Sande *de feudis Gelriæ tract.* 1. *t.* 2. *cap.* 5. *num.* 5. *& multis seqq.* In Hollandia quoque ac Ultrajecti opus esse confirmatione domini directi, notat Antonius Matthæus *paræmia* 8. *n.* 34. & auctor libelli, cui titulus, *notabele poinien van leenen post Petrum Bort de feudis Holl.* ubi formulam confirmationis exhibet *pag. mihi* 21. Sic ut is, qui quid de feudi sui successione pacto dotali cavit, cogi possit per eos, quorum interest, ut domini directi consensum interponi curet, Matthæus *d. paræmia* 8. *n.* 10. *in fine*, imo secundum nonnullorum sententiam etiam ignaro vasallo paciscente alius ratihabitionem domini impetrare non prohibeatur, ut monet Federicus a Sande *de feudis Gelriæ d. tract.* 1. *t.* 2. *cap.* 4. *n.* 7. *& seqq.* Non tamen aliter hæc de adhibendo domini directi consensu dicta locum habent, quam si pactis de futura successione jus ipsum successionis feudalis, ex pacto & providentia primi concedentis inductum, alteretur, nam si simplex successio ex lege feudi per pactum dotale comprobetur, frustra fuerit, assensum implorasse a domino, cujus jus nulla parte per pacta dotalia diminutum aut mutatum est, Sande *de feudis Gelriæ tract.* 1. *t.* 2. *cap.* 1. *n.* 2. 3. *in* verbis, *a domini provisione diversa*.

59. Effectus pactorum dotalium est, quod & jure Romano & moribus hodiernis actionem pariunt, ad implenda ea, quæ iis cauta sunt, *l.* 1. *l. pater* 7. *C. h. t. de pactis conventis*, & fiant circa feuda aliaque similia; & ad confirmationem pactorum dotalium facienda aut impetranda sunt, ut supra monitum *num. præcedente*, si modo nuptiæ secutæ fuerint, in Hollandia quidem consensu perfectæ, alibi concubitu consummatæ; ut dictum *t. de ritu num.* 93. & pacta dotalia non fuerint immutata illis in casibus, quibus id permissum est. Quando vero id jure liceat, vel non, præsertim respectu pactorum de successione futura tractantium, operæ pretium fuerit per distinctiones plenius excutere. Sciendum itaque, actu inter vivos nullam conventionum antenuptialium posse fieri mutationem, sive privatim conjuges suam circa mutanda voluntatem declaraverint, sive solemniter apud acta, vel adhibito cum testibus tabellione. Omnis enim illa mutatio vel includet donationem inter conjuges inter vivos factam, dum statutaria communio pactis antenuptialibus exclusa reduceretur, aut vice versa; quod moribus hodiernis æque ac jure civili improbatum est, ut patebit ex *t. de donat. inter vir. & uxor.* Vel continebit eversionem eorum, quæ circa successionem futuram ac succedendi ordinem pactis dotalibus definita fuerant, atque ita novam inducet succedendi rationem a priore diversam; quod itidem moribus nostris admissum non est. Etsi enim nuptiarum favore convenienter juri canonico nunc de futura successione per pacta dotalia efficaciter tractari possit, *cap. quamvis* 2. *de pactis in* 6. tamen pactis aliis simplicibus, non ante nuptias & nuptiarum intuitu interpositis, successiones non magis hodie quam jure Romano deferri, dictum fuit *in t. de pactis num.* 16. Et sane, sive pacta dotalia de futura successione tractantia sustineantur in vi testamenti, sive valeant ad instar successionis legitimæ, certum utique est, neque testamento neque lege ordinatas successiones pactis, (si dotalia excipias) sed tantum testamentis in contrarium conceptis immutari. Nec leve pro hac opinione de pactis dotalibus per pacta alia, durante matrimonio concepta, non immutandis argumentum in eo est, quod supra monitum *n.* 1. necesse esse secundum jus hodiernum, ut ex communione admittenda vel excludenda conventiones ante nuptias interponantur. Atque ita usu servari, etiamsi in mutationem consenserint conjugis utriusque propinqui, docet Louet *en ses arrests lit. M. n.* 4. Christinæus *ad Leg. Mechlin. t.* 9. *art.* 11. *n.* 12. *in addit.* Annæus Robertus *rer. judicat. lib.* 4. *cap.* 4. Lambertus Goris *adversar. tract.* 1. *cap.* 8. Appendix decisionum *post Respons. Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 29. *in med.* Neostadius *de pactis antenuptial. observ.* 4. Groenewegen *ad l.* 5. *C. de pactis conventis num.* 4. Rodenburch *de jure conjug. tract. prælimin. de statut. divers. t.* 2. *parte altera, cap.* 4. *num.* 4. Ant. Matthæus *paræmia* 2. *num.* 57. Wesel *de connubial. societ. tract.* 2. *cap.* 1. *num.* 114. 115. 116. 117. *& seqq.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 32.

60. Ultima voluntate quo usque liceat facere commutationem eorum, quæ pactis dotalibus cauta fuerant, variis videtur distinctionibus terminandum; dummodo primo meminerimus, non sufficere simplicem aliarum dispositionum revocationem testamento insertam, sed specifica pactorum dotalium revocatione, supremo elogio expressa, opus esse, Neostadius *de pactis antenupt. observ.* 3. *in fine*, *& in notis.* Sin van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 11. *num.* 12. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 94. *in fin. pag.* 149. *in med.* nisi in testamento expresse & directo contraria illis, quæ pactis dotalibus placuerant, cauta sint; tunc enim alia expressa revocatione opus haud esse, responsum ab Hugone Grotio inter Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 185. *num.* 1. 2. Sim. *ap.* van Leeuwen *art.* 1. *lib.* 3. *cap.* 11. *num.* 12.

61. Ipsam mutationis testamento faciendæ licentiam quod attinet, si quidem sponsi sponsæve parentes, aut propinqui, vel etiam plane extranei dotem dederint aut ante nuptias donationem, ac pacto dotali id egerint, ut soluto matrimonio dos data ad dantes ipsos revertatur, vel certæ alicui restituatur personæ per dantes designatæ, vix est, ut in talis pactionis præjudicium conjugi sic dotatæ concedatur testamento alios ad dotis illius vocare successionem, depulsis iis, qui sibi, aut aliis per antenuptialem conventionem paraverant dotis recuperandæ jus ac potestatem; maxime, præsupposito hodierno jure, quo unusquisque non sibi tantum, sed & alteri, pacisci ac actionem quærere potest, arg. *l. ob res* 29. §. 1. *l. cum maritus* 29. *ff. h. t. l. in traditionibus* 43. *ff. de pactis l.* 1. *l. pater* 7. *l. ex morte* 9. *in fine Cod. h. t. de pactis conventis*, Groenewegen *ad l.* 5. *C. h. t. de pactis conventis n. ult.* Ant. Matthæus *paræmia* 8. *n.* 20. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 1. *cap.* 2. *num.* 17. Peckius *de testam. conjug. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 1. post plures alios ab iis citatos. Atque ex hoc fundamento traditum a Rodemburgio *de jure conjug. tract. prælim. de statutor. diversit. t.* 3. *part. prior. cap.* 4. *n.* 11. conjugem non posse conjugi legare usumfructum rerum illarum, quæ a conjugis parentibus erant in dotem datæ, ea lege antenuptiali addita, ne conjugi conjux supremo elogio usumfructum daret; licet alioquin usufructu tenus gratificari sibi invicem ultima voluntate, conjugibus Ultrajectinis concessum sit. Similique modo responsum in Hollandia non potuisse uxorem marito relinquere bona illa, quæ mater in dotem dederat ea lege, ut filiæ tantum de stante matrimonio conquisitis, non vero de dotalibus, disponendi facultas esset, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 171. Plane, si parentes, aliive, dotem vel propter nuptias donationem sponso sponsæve dantes, pacto dotali non aliud circa data a se caverint, quam, ut soluto matrimonio bona redeant ad latus unde provenerunt, non videntur hoc ipso voluisse ipsis conjugibus ademtam de rebus talibus judicio supremo disponendi facultatem, sed tantum exclusisse communionem illam universalem, quæ ex Hollandica, Ultrajectina, & locorum aliorum lege per nuptias inducitur, ubi pactis dotalibus in contrarium actum est, ac designasse quemdam succedendi ordinem in casum, quo aliud suprema voluntate conjugum dotatorum dispositum non est; eo modo, quo & ipsi conjuges, de suis bonis propriis disponentes per pacta dotalia, quo ordine suis liberis sine ulteriore prole decedentibus, succedi velint, hoc ipso neutiquam liberis ademptam volunt de bo-

nis istis, a parente sic paciscente profectis, testandi facultatem, ut mox latius explicandum erit. Responsa Juriscons. Holl. *part.* 5. *consil.* 714. *in med.* Peckius *de testam. conjug. lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 2. Cui consequens est, ut Hollandicorum bonorum ita datorum proprietatem, Ultrajectinorum usumfructum, jure conjugi conjux leget, vel extraneo proprietatem utrorumque; quippe disponens ita de suis rebus, sibi pleno jure ex parentum liberalitate per dotis aut propter nuptias donationis titulum quæsitis, nec ullo fideicommisso gravatis per parentes in dotem dantes.

62. Quod si ipsi illi, qui nuptias contracturi sunt, res suas proprias in matrimonium conferant, videndum, utrum pactis dotalibus de mutua successione tractaverint, an vero tertium aliquem certum incertumve ad suam vocaverint successionem, an denique disposuerint de successione in bona liberorum ex eo matrimonio procreandorum, si hi decesserint sine prole ulteriore. Si enim id actum fuerit, ut conjux superstes præmorienti succedat ex asse vel pro parte, aut certam ex bonis præmorientis quantitatem sibi servet, non potest alter invito altero vel ignorante in præjudicium ejus ultima disponere voluntate; cum certi juris sit, jus illud, quod ex pactione duorum semel uni quæsitum est, non posse ei per pœnitentiam ac revocationem unius auferri. Sed nec utriusque conjugis voluntate ac consensu circa pacta dotalia, sive de successione mutua conjugum disponentia, sive communionis statutariæ reservationem inter conjuges exclusionemve continentia, mutatio ulla testamento permissa est Ultrajecti aliisque in locis, gratificationem inter conjuges etiam ultimo elogio faciendam improbantibus; cum omnis illa mutatio juris sui ex pacto quæsiti renunciationem comprehendat, atque ita incidat in prohibitam statuto inter conjuges donatione, Rodenburch *de jure conjugum tract. prælimin. de statutor. diversit. tit* 3. *part. priore*, *cap.* 2. *n.* 3. Et quamvis in Hollandia conjuges per ultimam voluntatem communi consensu mutare non prohibeantur, quæ pactis dotalibus conventa fuerant, adeoque vel inducere communionem pacto exclusam, vel excludere eam pacto dotali reservatam aut ob deficiens pactum dotale ex nuptiis inductam, vel augere aut minuere definitam pacto mutuæ successionis quantitatem; tamen si conjugum alter plus commodi ex pactis dotalibus sic testamento mutatis sperandum sibi putet, quam ex ipsius supremæ voluntatis mutuo consensu factæ ac mutationem continentis dispositione; liberum ei est etiamnum pactis dotalibus ac lucris inde debitis inhærere; atque ita vel sua sola voluntate posteriore testamento declarata, etiam vivo ac ignaro conjuge altero, pristinam pactorum dotalium mutuo consensu prius abrogatorum reducere potestatem, vel post conjugis præmorientis obitum probare eorundem vim ac auctoritatem, perinde ac si nulla medio tempore mutatio intercessisset, dum testamenta hominum usque ad supremum vitæ halitum ambulatoria sunt, *appendix decisionum post Responsa Juritc. Holl. part.* 3. *vol.* 29. *in fine & pag.* 30. Groenewegen *ad l.* 5. *C. h. tit. de pactis conventis num.* 5. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 16. *in med.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 92. *pag.* 197. *& part.* 4. *consil.* 32. *& part.* 5. *consil.* 26. Si modo conjux ultimo superstes, pactis dotalibus inhærere desiderans, necdum lucrum ullum ex conjugis prædefuncti judicio, pactorum antenuptialium revocationem continente, admiserit: alioquin enim necesse foret, ut in universum staret voluntati conjugis defuncti, quam per relicti acceptationem duxit comprobandum esse. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 271. *in fine*, *& part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 330. *(revera)* 232. *num.* 5. *in med. pag.* 667. *& part.* 4. *consil.* 32. *& d. part.* 5. *consil.* 26. *in fine.* Adde Peckium *de testamentis conjugum lib.* 1. *cap.* 32. Neque ad id, ut conjux unus sine altero per posterius testamentum reducat effectum pactorum dotalium, per mutuum conjugum consensum anteriore testamento infirmatorum, expressa atque specifica voluntatis istius prioris revocatione opus est, sed vel generalis anteriorum dispositionum infirmatio atque revocatio sufficere potest. Cum enim generalis revocatio efficax sit ad testamentorum anteriorum infirmationem, ratio non est, cur post eam rata maneret pactorum dotalium infirmatio, quæ in omnem eventum testamenti anterioris ne principalis quidem, sed tantum accessoria pars est. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 5. *consil.* 134.

63. Hæc ita, si mutatio tabularum dotalium respiciat ea commoda, quæ conjugibus ipsis inde quæsita aut speranda erant. Quod si conjuges in bona sua propria pacto antenuptiali non se mutuo, sed alios sibi successores designaverint, si quidem generaliter, veluti dum placuit, ut soluto matrimonio bona redeant ad latus illud unde profecta sunt, non impediuntur hoc ipso conjuges tum in Hollandia tum Ultrajecti de bonis suis testamento aliter disponere, aliosque sibi heredes instituere, vel illos, qui pacto dotali videbantur comprehensi, in majores aut minores vocare hereditatis suæ partes: modo id unum Ultrajecti caveant, ne mutatio testamento facta quamdam contineant gratificationem in conjugem, quæ lege Ultrajectina reprobata est. Cum enim pactum, *ut bona eo redeant*, *unde profecta*, apud Hollandos æque, ac apud Ultrajectinos, tantum habeat vim successionis legitimæ, non vero alicujus fideicommissi; sequitur, mutabilem testamento esse oportere illum succedendi ordinem, pacto inductum; dum constat ex juris principiis, legitimis heredibus locum non esse, quamdiu testamentarii venire possunt. Sed & si certæ personæ tabulis dotalibus designatæ sint, ad quas sua bona soluto matrimonio pervenire seu redire jubent, etiam tunc in Hollandia & Ultrajecti libera conjugibus facultas est alios testamento vocandi, quam quibus ex antenuptiali conventione quæsita fuerat successionis spes; dummodo nec hic impingatur in prohibitam ex lege Ultrajectina conjugum gratificationem. Sive enim hanc certarum personarum designationem tabulis dotalibus comprehensam jure successionis intestatæ sustineri dicas cum nonnullis, sive jure successionis testatæ cum aliis (quod & verius, quia tales sæpe nominantur pacto dotali in spem successionis, quia aut nullo modo, aut non ita, aut non soli, sed una cum aliis, a lege vel statuto ad conjugum paciscentium successionem vocantur) evidens est utique, tum legitimæ tum testamentariæ successionis ordinem supremo posse judicio commutari, ac adimi successionem iis, quibus vel lege, vel anteriore testamento adscripta erat, Jacob. Coren *consil.* 9. *n.* 43. & 49. Groe-

newegen *ad d. l.* 5. *C. h. t. de pactis conventis num.* 2. 3. Rodenburch *de jure conjugum tract. prælimin. de statut. diversit. tit.* 3. *part. priore cap.* 4. *n.* 10. *&* 12. Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 7. *num.* 12. 13. Hinc, cum pacto dotali id actum proponeretur, ut liberi posterioris matrimonii parenti binubo in majorem succederent portionem, quam liberi prioris thori, aut vice versa, pacti hujus mutabilem adstruxit D. Johann. a Someren *de jure novercar. cap.* 3. *sect.* 1. *n.* 4. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 43. *defin.* 16. Sande *decis. Frisic. libr.* 2. *titul.* 2. *defin.* 7. Similique modo, si antenuptiali conventione placuisset conjugibus, ut post mortem conjugis ultimo superstitis bona æquali quantitate cederent tum primi morientis tum ultimi superstitis cognationi, non modo communi consensu conjux uterque vivus testamento potest illum alterare ordinem successionis, sed & ultimus superstes post obitum conjugis prædefuncti de suo patrimonio adhuc liberrimam habet testandi facultatem, adeoque alios surrogandi in locum cognationis suæ, tabulis dotalibus ad successionem vocatæ, salva manente conjugis prædefuncti ordinatione quantum ad suum patrimonium suamque cognationem facta in pactis dotalibus, nullo testamento revocatis, atque ita morte tandem firmatis, Castillo Sotomajor *quotid. quæstionum lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 32. *& seqq.* Jacob. Coren *observat.* 11. *&* 12. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *cons.* 102. *& par.* 4. *consil.* 179. Peckius *de testament. conjugum lib.* 1. *cap.* 43. *num.* 1. 2. Abr. a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 7. *num.* 16. 17. 58. Et quamvis hac in parte traditum videatur ab Hugone Grotio *in manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 15. *in fine*, & Auctore consilii in Responsis Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 156. *pag.* 320. tamen aut accipiendi de eo casu, quo secundum ante dicta conjuges pariter testantes id egerunt, ut alter de alterius bonis testaretur, & uterque alteri in id agendi concessit facultatem; aut alioquin non sat firma ratione hæc ab iis scripta fuisse, merito contenditur. Licet enim tali conventione antenuptiali (vel dispositione testamentaria, cujus eadem censeri debet esse ratio, quatenus non impingit in quorundam locorum leges, gratificationem mutuam inter conjuges etiam testamento vetantes) conjuges dicantur de toto patrimonio velut una massa communiter disposuisse; non tamen inde recte arguitur impedita mutandi licentia in conjuge ultimo superstite, ratione suæ partis suæque cognationis per pacta dotalia aut testamentum mutuum cum conjuge adhuc superstite conditum ad successionem suam vocatæ; cum verum non sit, hic unum esse de una duorum hæreditate testamentum, aut hac ratione conjugem unum de conjugis alterius substantia ex assensu ejus testatum esse (quo casu superstitem nec pro sua parte mutare posse, quia de ea non ipse superstes, sed prædefunctus intelligitur disposuisse, ac morte sua jam tum illam firmasse dispositionem, docet Peckius *de testament. conjugum, lib.* 1. *c.* 43. *n.* 4. *& seqq.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 11. *n.* 7. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 271. *in fine, et part.* 5. *consil.* 33.) sed potius duo de duabus testatorum duorum hereditatibus testamenta sunt, disponentia de duabus partibus dimidiatis bonorum illorum, quæ conjuges sive ex pactis dotalibus, sive ex vi statutariæ communionis, sive ex testamento ubi id licet, communiter velut unam unius patrimonii massam in unum collata habere voluerunt a coadunata. Sicut enim duo socio extraneo simul vendentes uno actu prædium inter se commune atque indivisum, singuli tamen non ultra suam partem vendidisse, nullatenus vero de socii sui parte per contractum disposuisse intelliguntur, & ob id singuli quoque non ultra suam partem de evictione, ubi illa supervenerit, obstricti sunt, ut dictum *tit. de evictione. n.* 18. *in med.* ita quoque si de communi massa patrimonii duplicis consolidati disponant simul per pactum dotale vel testamentum duo conjuges, singuli tamen non de toto patrimonii communis massa, sed tantum de sua parte, quam pro indiviso habebant ex ea massa sibi competentem, censeri debent disposuisse. Cui deinde consentaneum est, ut quisque sive salvam retinuerit licentiam de rebus suis aliter disponendi, quam pacto antenuptiali, non nisi legitimæ aut ad summum testatæ successionis vim habente, aut testamento communiter cum prædefuncto conjuge condito, cautum erat.

64. An autem hæc pactorum antenuptialium mutatio circa successionem in res suas proprias etiam tunc conjugibus permissa sit, cum ipsi illi, quibus per pacta successio destinata fuit, ex consensu ac voluntate conjugis destinantis simul in iisdem tabulis dotalibus sibi soluto matrimonio bona restitui stipulati sunt, merito dubites? Immutabilia utique per talem stipulationem hac parte fieri pacta hujusmodi dotalia, ex eo statuendum videtur, quod negotium jam non amplius in nudo successionis intestatæ vel testatæ ordine designato substiterit, sed in plenum perfectumque abierit contractum, a quo sine consensu ejus, cujus interest, sola conjugis unius voluntate recedi jura non sinunt, *l. cum maritus* 29. *§. ult. ff. h. t. l. sicut initio* 5. *C. de obligat. et act.* Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 7. *n.* 12. Diversum foret, si non certæ personæ pacto dotali ad successionem designatæ, sed tantum id actum esset, *ut bona ad latus illud, unde profecta, reverterentur*, & pactionem talem sponsi sponsæve nomine de bonis sponsi sponsæve propriis conceperit forte parens superstes aut tutores tales, quibus ex lege vel statuto competebat ab intestato succedendi jus: eo quod tunc non sibi, sed sponso sponsæve talem videntur fecisse pactionem, & eos repræsentasse, suumque iis ministerium honoris ergo ex more accommodasse: quo casu non impeditam esse conjugibus pacti dotalis mutationem, colligi potest ex *l. mulier bona* 72. *§. ult. ff. de jure dot. l. Seja* 11. *ff. de dote prælegata, l. cum quis decedens* 37. *§. nuptura* 4. *ff. de legatis* 3. Costalius *ad d. l.* 39. *§. ult. ff. h. t.* Rodenburch *de jure conjugum tract. prælimin. de statut. diversit. tit.* 3. *par. priores, c.* 4. *n. ult.*

65. Illud occasione praecedentium non incommode hic tractari posse videtur, utrum per pacta dotalia, quibus conjuges futuram in bonis suis definiverunt successionem, revocata censeri debeant testamenta pactis dotalibus anteriora, quibus iidem conjuges singuli seorsim alios instituerant, quam qui pactis dotalibus designati sunt. Non intelligi revocata verius est, quoties simpliciter id actum, ut bona conjugum soluto matrimonio redeant ad latus illud, unde profecta sunt: eo quod supra dictum fuit, formulam

talem pactis dotalibus insertam sustineri in vim successionis intestatæ, cui ab intestato successioni locus non est, quoties aliquis ex testamento heres esse potest: ac proinde necesse, ut generalis ordo succedendi ab intestato pactis comprehensus cedat dispositioni testamentariæ, licet antiquiori, nec præsumendum, testatorem a priore voluntate illa voluisse recedere, ubi non apertius hoc significatum est, arg. *l. idem est* 13. §. *ult. l.* 14. *ff. de testam. militis*, Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 318. Sed si certæ personæ pactis dotalibus expresse designatæ sint, præcipue tales, quibus aut omnino non, aut non eo modo per leges successio potuisset ab intestato obvenire, magis est, ut testamentum anterius tunc revocatum habeatur: cum & supra monitum sit, eo casu pacta dotalia magis in vim testamenti, quam delatæ successionis intestatæ, valere: posteriorem vero dispositionem testamentariam, ac propterea & eam, quæ vice testamenti fungitur, derogare testamento anteriori, notius est, quam ut confirmatione opus sit.

66. Quod si non de sua, sed liberorum suorum successione conjuges pacto dotali caverint, adeoque designaverint, quales liberis suis, sine ulteriori prole morientibus in bona a se ad liberos devoluta successores esse velint, veluti, ut præmorientibus reliqui fratres succedant, ultimoque sine liberis defuncto, bona redeant ac devolvantur ad latus illud unde profecta, vel ad certas personas nominatim designatas, vel ad eos quos jus Aesdomicum aut Scabinicum, pro electione paciscentium, successores definit; in Hollandia quidem illud extra dubium videtur positum, non modo ipsos conjuges ita paciscentes liberam habere de rebus suis testandi licentiam, aliumque respectu liberorum sine prole decedentium inducendi successionis ordinem, quam qui pactis dotalibus præfinitus fuerat: sed & liberorum ipsorum intuitu nullum ex tali placito antenuptiali fideicommissum nasci; ideoque liberrimam liberis ipsis superesse facultatem de bonis talibus a parente profectis tum actu inter vivos per alienationem, tum elogio supremo ubi per ætatem licet, disponendi; nec aliter pactis dotalibus locum fieri, quam si per liberos ipsos neque alienatio rerum facta, neque contraria pactis parentum dotalibus voluntas testamento declarata sit. Plane, si expressis pactorum dotalium verbis fideicommissaria hereditatis restitutio succedentibus injuncta inveniatur, vel præter successionis ordinem in bona liberorum pactis dotalibus insuper alienationis prohibitio inserta fuerit, quo ipso fideicommissum inductum creditur, tunc liberis non de alia paternæ maternæve hæreditatis parte disponere testamento licet, quam quæ vel jure legitimæ vel Trebellianicæ liberis sine ullo onere acquiri debet, Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 29. *num.* 3. ibique Groenewegen *in notis*. Neostadius *de pactis antenupt. obs.* 1. & 2. *in notis, supremæ Curiæ decis.* 122. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 1. *c.* 12. *num.* 11. *fere in med.* Nec rationem animadverto, cur non idem Ultrajecti obtinere debeat, si modo, ut sæpius monitum, non ita conjuges immutent conceptum tabulis dotalibus succedendi ordinem, ut inde commodum aliquod ad alterum conjugem redundare posset, quod incideret in prohibitam eo loci inter conjuges gratificationem, Rodenburch *de jure connub. tract. prælim. de statut. diversit. tit.* 5. *part. priore*, *c.* 2. *n.* 1. 2. 3.

67. Postrema discussio circa pactorum dotalium mutationem in eo versatur, quod juris sit, si tertius quis pactis dotalibus de sua disposuerit successione in gratiam sponsi sponsæve, quo facilius in nuptias a parte adversa consentiatur: veluti, si parentes, aut fratres, aut patrui, aut remotiores cognati, aut prorsus extranei, promittant, sponsum sibi æqualiter cum cæteris liberis aut cognatis successurum, aut venturum ad certas res certamve pecuniæ quantitatem? Et Frisiis quidem placuit mutabilem omnino per testamentum esse talem conventionem antenuptialem, adeoque & parentes & extraneos posse nihilominus in inæquales vocare partes, aut a successione in universum depellere sponsum illum, cui illam tabulis antenuptialibus fecerant successionis spem, dummodo salva liberis legitima sit, Sande *decis. fris. lib.* 2. *tit.* 2. *defin.* 7. Ultrajectini parentibus solis licentiam concesserunt a tali promissione successionis antenuptiali per testamentum recedendi, aliasque liberis hereditatis suæ partes assignandi, quam quæ pacto expressæ fuerant; reliquos omnes extra parentes voluerunt inviolabiliter pactis talibus antenuptialibus stare oportere, nec dispositionem ullam eorum hisce contrariam sustinendam esse, Novella *decis. Ultraject. anni* 1659. *art.* 7. Hollandi vero conventioni tali antenuptiali indiscriminatim tribuendam censuerunt contractus vim; adeoque nec parentibus, nec ullis extraneis ita promittentibus permiserunt ea testamento disponere, quibus aliqua ex parte subverteretur successio illa, quæ tabulis dotalibus promissa fuerat; ne alioquin illudatur alterutri sponsorum aut parentibus ejus, qui alias contracturi, aut in nuptias consensuri non fuissent, idque convenienter novellæ Leonis *non contemnendi* 19. Groenewegen *ad l.* 15. *C. de pactis n.* 4. & late Resp. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 27. & *par.* 1. *consil.* 65. & *par.* 2. *consil.* 39. (magis) *par.* 1. *consil.* 18. *pag.* 18. (Sed potius) *par.* 6. *consil.* 20. *pag.* 29. & *seqq.* & *consil.* 94. *pag.* 159. & *seqq.* Quod & Gelris plerisque placuisse, docet Fredericus a Sande *de feudis Gelriæ tract.* 1. *tit.* 2. *cap.* 3. *num.* 15. & *seqq.* nec non aliis populis, secundum auctores a Groenewegen citatos *d. loco*. Non obstante eo, quod occurrit, in Responsis Juriscons. Holl. *par.* 4. *consil.* 25. 26. 27. & *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 112. 113. 114. & 115. *pag.* 216. & *seqq.* cum illic inepta conventio, in nepotum præjudicium interposita, aliæque singulares circumstantiæ effecerint, ita respondendum esse.

68. Quibus autem in casibus pacta dotalia de futura successione tractantia mutari nequeunt, in iis nec fideicommissio gravari potest per subsecutum testamentum id, quod conventione sine ulla oneris impositi adjectione promissum fuerat, quoties aut successionis jus simpliciter, & non cum relatione concursus cum aliis, addictum fuit, aut certa res aut certa quantitas, in quam succedatur, expressa est; nam si id tantum actum sit, ut sponsus sponsæ æqualiter cum cæteris promissoris liberis aut cognatis succedat, nihil impedit, quo minus onere fideicommissi gravetur portio ejus, cui ex pacto jus succedendi natum est; si modo & cæterorum pariter succedentium portiones simili fideicommisso obnoxiæ redditæ sint, atque ita æqualitas successionis a promissore in subsecuto testamento observata fuerit. Confer Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 7. *n.* 31. & *seqq.* aliosque ibidem adductos. Qui etiam monet, alios quidem ex-

traneos una cum liberis aut cognatis pariter ad successionem vocari posse, ubi tantum æqualis successionis jus pacto inductum est; sed si actu inter vivos donationes majoris momenti in alios simul successuros collatæ sint, vel alias pacto isti dotali fraudem per immoderatas donationes factam probari possit, donationem illam revocandam esse pro ea parte, qua nocet ei, cui jus successionis ex pacto paratum fuit, *n.* 35. *& seqq. usque ad finem.*

69. In quæstione, cujus loci statutum circa pactorum dotalium mutabilitatem aut immutabilitatem spectandum sit, in rebus quidem mobilibus inspicienda videtur lex loci, in quo conjuges domicilium habent; in immobilibus vero observandum jus loci illius, in quo immobilia quæque sita sunt convenienter iis, quæ fusius de statutis fuere tradita *in tit. de constit. Princip.* parte altera, *de statutis n.* 11. 12. Rodenburch *de jure conjug. tract. præliminari de statutor. diversit. tit.* 3. *par. priore, cap.* 2. *n.* 3. Respons. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 154. vers. *dunkt, onder correctie.*

70. Si quæ vero pactis dotalibus definita non sint, regulariter pro omissis habentur, nec extendenda de casu in casum; adeoque, licet conventa simpliciter in casum *finiti matrimonii* locum inveniant, sive morte, sive divortio nuptiæ diremtæ sint, vel etiam ne secutæ quidem, *l. extraneus* 6. *ff. de condict. causa data*, tamen, si quæ in casum *divortii* concepta nominatim fuerint, effectum haud sortiuntur, ubi matrimonium morte finitum est, & vice versa, *l. si cum dotem* 22. *pr. ff. soluto matrimon. l. pacta conventa* 3. *ff. h. t.* Quibus consequens, omissa in pactis dotalibus intelligi relicta juris communis statutarii dispositioni. Neque enim ad jus civile Romanum recurrendum in iis, quæ pactis circumscripta non sunt, cum ad leges Quiritum nunc demum pateat refugium, ubi propriam populi cujusque aut civitatis jura deficiunt, ut dictum in *tit de justitia & jure n.* 2. Neostadius *de pactis antenupt. observ.* 4. *in notis.* Jacob. Coren *observ.* 30. *n.* 60. *& seqq. usque ad finem.* Parens p. mem. Paulus Voet *de statutis select.* 7. *cap.* 2. *n.* 9. Wesel *de connub. bon. societ. tract.* 2. *cap.* 2. *num.* 224. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 4. *vol.* 1. *consil.* 111. (magis) *par.* 3. *vol.* 2. *cons.* 111. *pag.* 364. *& seqq. & consil.* 111. *pag.* 364. *& seqq. & consil.* 121. *pag.* 385. *&* 386. Plane, si ex tabulis dotalibus apertum sit, conjuges excluso jure patrio statutario juris civilis dispositionem circa jura dotium aliaque similia amplexos esse, magis esset tunc casus omissus ex legibus Romanis decidendus esset, D. Someren *de jure novercar. cap.* 3. *num.* 1. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 42.

71. Nihil tamen obstat, cur non ex conjecturis & indiciis verisimilibus ac præsumtionibus mens & intentio paciscentium in non expressis eruatur; cum id aperte satis comprobet Ulpianus in *l. si extraneus* 6. *ff. de condict. causa data*, Nic. Everhardus *consilio* 15. *ante med.* Jacob. Coren *observat*, 30. *n.* 6. 7. *& seqq.* Nec dubium, quin etiam argumento a contrario sensu ex pactis dotalibus espressis petito id fiat, arg. *l. inter socerum* 26. §. *cum inter* 2. *ff. h. t.* Neostadius *Curiæ Holland. decis.* 5. versu, *tem reden*, Jacobus Coren *observ.* 30. Unde cum pactum esset, fore inter conjuges communionem acquæstuum; merito conclusum inde fuit, paciscentes ulteriorem de cætero voluisse excludere statutariam bonorum omnium communionem, D. Someren *de jure novercarum cap.* 3. *n.* 8. Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 2. *n.* 226. 227. Responsa Juriscons. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 190. *pag.* 455. 456. & exclusa communione in casu deficientium liberorum, aut mariti præmorientis, a contrario communionem futuram, ubi liberis vel marito superstitibus matrimonium diremtum fuerit, supra dictum est. Vide *num.* 5. *& num.* 27. 28. Argumentum quoque a minori ad majus a pactorum dotalium interpretatione non videtur semovendum, arg. *l. Bæbius Marcellus* 30. *in med. ff. hoc tit.* Unde, si quis exclusam voluerit statutariam communionem in favorem cognatorum suorum aut heredum extraneorum, longe magis id eum in liberorum suorum favorem voluisse facere, præsumendum est, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 25. *n.* 6. Nec spernendum illud in pactis dotalibus, quod oppositorum eadem ratio in dubio censeri debeat, adeoque id, quod de uno oppositorum cautum est, in altero quoque simili modo pro cauto habeatur. Si ergo de lucri communione vel exclusione quid pactum fuerit, de damno similiter id subaudiendum est: & si exclusa sit damni communio in certo casu, lucri quoque communio eodem in casu exclusa censeri debet; denique si pactum, ut marito cedat omne lucrum stante matrimonio obventurum, æris etiam alieni stante matrimonio contracti onus ipsi vicissim soli incumbere, rationis est, arg. §. *illud* 3. *Instit. de societate l. secundum naturam* 10. *ff. de reg. juris*, Christinæus *vol* 3. *decis.* 51. *n.* 2. Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 3. *n.* 11. 12. 13. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 18. Responsa Jurisc. Holl. *part* 1. *consil.* 1. *in fine.*

72. Non etiam ineptum fuerit, dotalium pactorum obscurorum interpretationem petere ex tabulis antenuptialibus, quæ circa dotes, aliis liberis matrimonium contrahentibus datas, conceptæ sunt; præsertim ubi liberis cæteris æqualis dos constituta est, nec specialis apparet ratio, cur alia lege dos uni ex liberis data esset: pari erga liberos affectione non modo fraudis, sed & disparitatis præsumtionem pellente, arg. *l. non solum* 67. §. *de uno* 1. *ff. de ritu nupt.* & ibi Gothofredus *in notis.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 184. *n.* 2. 3. quod repetitum *part.* 5. *consil.* 135. Id quoque, quod circa dotes principales cautum invenitur conventione antenuptiali, in dubio etiam in dotis augmento atque accessionibus subaudiri, suadet regula secundum quam accessorium sequitur suum principale, quoties non nominatim alia de augmento pacta concepta sunt, *l. inter socerum* 26, §. *cum inter* 2. *in fine ff. h. t. etiamsi* 8. *C. de jure dot.* & ad utramque Gothofredus *in notis*, arg. *l. constante* 19. *C. de donat. antenupt.* Ant. Matthæus *de matrimonio disput.* 9. *th.* 9.

73. Præterea, sicut in fideicommissis quandoque ex pietatis conjectura tacita subintelligitur conditio, si sine liberis moriatur, qui gravatus est, *l. cum avus.* 102. *ff. de cond. & demonstr.* ita quoque, si parentes dotem dantes pacti fuerint, ut mortua in matrimonio filia dos ad se revertatur, subaudienda in dubio videtur conditio illa, si sine liberis filia moriatur; quippe quibus existentibus magis esset, ut dos penes eos remaneret; eo modo, quo & secundum jus Romanum dos filiæ emancipatæ penes liberos ex ea natos remanere debebat, nec ad patrem

adhuc superstitem revertebatur, ut dicetur *in tit. soluto matrimon.* præsertim cum filiæ nuptæ nostris moribus pro emancipatis habeantur, dum per nuptias patriam potestatem tolli placuit, secundum ea, quæ in *tit. de adopt. num.* 13. scripta sunt. Vide Responsa Juriscon. Holl. *part.* 5. *consil.* 135.

64. Talem denique pacta dotalia videntur recipere oportere interpretationem, ut quam minime a jure communi statutario per ea recessum intelligatur, ac comprehensa iis liberalitas restringatur. Unde si id pacto actum sit, ut mobilia omnia penes superstitem remaneant, mobilium appellatione actiones non continebuntur; quippe quæ proprie & ex sua natura mobiles non sunt, sed potius ad incorporalium classem pertinent, Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 83. *quæst.* 3. *et ibi confirmatio.* Adde Peckium *de testamentis conjugum lib.* 5. *cap. ult. num.* 3. & quæ scripsi in *tit. de rer. divisione num.* 29. Sed &, si pactum sit, ut bona conjugum ipsorum, vel bona liberorum ex eo matrimonio procreandorum ac sine descendentibus morientium redeant ad latus illud unde profecto, aut devolvantur ex præscripto juris Aesdomici vel Scabinici, uno successionis aut devolutionis seu reversionis actu tali conventioni satisfactum in dubio videtur, si non aperte ulterior successionis ordo præfinitus sit, Responsa Juriscons. Holl. *part.* 1. *consil.* 17. & *consil.* 64. *ante med. et consil.* 124. *fere in fine*, & *part.* 5. *vol.* 2. *consil.* 111. & *part.* 4. *consil.* 81. Adhæc, si pater liberis in dotem dans bona eorum materna, pactum adiiciat, ut bona redeant ad latus illud unde profecta, non id voluisse existimandus est, ut lineæ maternæ cognati in illas filiæ res maternas succedant, excluso patre, præsupposito, quod patri ex statuto in bona materna liberorum successio defertur; sed tantum legitimam intelligitur reservasse successionem, statuto præfinitam. Quod eo minus in dubium vocandum videtur illis in locis, in quibus secundum superius exposita pactiones dotales, in genere caventes, ut bona redeant ad latus, unde profecta, tantum successione intestatæ vim habent, Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 5. *num.* 2. *et seqq.* In Hollandia tamen in hac specie contra fuisse judicatum, refert Auctor appendicis decisionum, *post respons. Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 34. *in med.* Ex eodem fundamento, quod nempe pactio superior tantum obtineat vim intestatæ successionis, sive de suis sive de liberorum suorum sine liberis decedentium successione conjuges futuri pacti sint, sequi videtur, liberis sine ulteriore prole morientibus, ab intestato ad hereditatem admittendos esse, qui ipsis liberis, non qui parentibus ita caventibus proximiores sunt; cum ita liberi ipsi intelligantur intestati decessisse; quippe qui, si perfectæ ætatis essent, testamento evertere potuissent ordinem successionis legitimæ, pacto dotali parentum contentæ; ac id non agentes, aut forte per ætatem necdum valentes, non paternam aut maternam, sed suam hæreditatem ad suos transmittunt, ab intestato successores. Quæ definitio usum habet ob jus repræsentationis, quo posset accidere, ut cognatorum aliqui ipsis quidem parentibus eo proximitatis gradu juncti essent, ad quem sese jus repræsentationis ex lege vel statuto extendit, at liberorum intuitu uno gradu remotiore, ab illa per repræsentationem successione depellerentur, Resp. Juris. Holl. *part.* 4. *consil.* 84. *in fine.*

TITULUS V.

De Fundo Dotali.

SUMMARIA.

1. *Quid lex Julia, quid Justinianus circa prædii dotalis alienationem & obligationem definiverit? Quid veniat appellatione* prædii dotalis? *An et mariti successoribus alienatio interdicta sit?*
2. *Quid veniat nomine* alienationis? *Ubi de oppignoratione, servitutis impositione aut remissione, datione in emphyteusin, superficiei concessione, provocatione ad divisionem, potentia usucapionis tum respectu corporum, tum respectu ususfructus. An et alienatio necessaria aut per universitatem facta.*
3. *An ad fundum æstimatum prohibitio alienationis pertineat? Quid juris, si mulier id, quod sibi maritus debet, in dotem dederit, is vero debeat* fundum aut decem, *vel* fundum Cornelianum aut Titianum?
4. *An ad res mobiles dotales pretiosas prohibitio extendenda sit? An ad paraphernalia?*
5. *Si alienatio de facto contigerit, ipso jure nulla est. Quid juris, si usucapio fundi dotalis ante nuptias cœpta; sed stante matrimonio impleta sit?*
6. *Recensentur casus alii, quibus subsistit aut convalescit alienatio, ubi de alienatione ex consensu uxoris post biennium repetito, & ea, quæ uxori utilis est; item de casu quo uxor mariti alienantis heres est, aut maritus fundum vendisum lucratum ex pacto de dote lucranda.*
7. *Quid moribus Hollandiæ, & quarundam vicinarum gentium, maritus possit circa res dotales, & in genere circa sua propria aut uxoris sua bona, plenius traditur.*
8. *An & quando præscriptio hodie obsit mulieri, fundum suum non jure a marito alienatum vindicandi.*

1. QUamvis maritus dotis dominus sit, non tamen alienandi facultatem habet, lege Julia de fundo dotali prohibente, ne maritus dotale prædium soli Italici alienaret, invita uxore, neve pro suis debitis illud obligaret, utcunque in obligationem mulier consensisset. Sed cum ita necdum esset mulieribus prospectum satis pro dotis suæ conservatione, dum sæpe metu, minis, blanditiis maritalibus compellebantur suum alienationi consensum accommodare, additamento duplici melius per Justiniani constitutionem iisdem consultum fuit, quippe qua legis Juliæ prohibitio etiam ad prædia provincialia producta fuit, insuperque cautum, ut non magis alienatio, quam obligatio dotalis prædii muliere consentiente procedat, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum converteretur, *pr. Instit. quib. alien. licet vel non l. unic. §. & cum lex* 15. *C. de rei uxor. act.* Licet autem in Pandectis ac Codice inscriptio hujus tituli *fundi* mentionem habeat; tamen ad omne prædium dotale sive rusticum sive urbanum pertinere legem Juliam, verius est; tum quia & Papinianus, & Ulpianus, & ipse Justinianus identidem *prædii dotalis* meminerunt, *l. etiamsi* 12. *l. dotale prædium* 13. *pr.* & *§.* 1. 2. *ff.*

h. t. princ. Instit. quib. alien. licet vel non; tum quia prædiorum etiam urbanorum area ac fundus intelligitur; imo pars insulæ area est, & quidem maxima, cui etiam superficies cedit, *l. qui res suas* 68. §. *ult.* vers. *non est bis de solution.* tum denique quia & de *urbano prædio dotali* in jure sermo est, *l. sed. nec* 6. *ff. h. t.* Interim prædii dotalis appellatione, non modo illud continetur, quod a muliere, vel alio ejus nomine, re ipsa datum seu traditum est, *l. si nuptura* 14. §. 1. *ff. h. t.* sed & si, cum maritus uxori fundum deberet, illa id, quod maritus debet, voluerit dotale esse, *l. si marito* 9. & §§. *seqq. ff. h. t.* aut servo dotali prædium aliquod legatum sit, *l. fundus* 3. *ff. h. t. l. hinc quæritur* 19. §. *potest* 1. *ff. de peculio.* Mariti vero nomine sponsum quoque contineri placuit, si forte spe futuri matrimonii sponsa fundum in dotem dederit, *l. lex Julia* 4. *ff. h. t.* Quin & omnem eum, qui vel ex voluntate viri vel sine viri quidem voluntate, sed tamen ex capite ejus, fundum tenet, comprehendi obtinuit: si enim nuptura Titio, voluntate ejus fundum dotis nomine Mevio tradat, ejus conditionis fundum illum fore, cujus esset, si ipsi Titio fuisset traditus, Paulus docet, *l. si nuptura* 14. *pr. ff. h. t.* Idemque est, si pater filiifamilias, uxorem ducentis, nomine ejus, dotem susceperit; dum & soceri voluntas in distrahendo prædio dotali nulla est, *l. etiam si* 12. §. 1. *ff. h. t.* (licet Cujacius alium *d. legi* 12. sensum tribuat, *lib.* 11. *observ. cap.* 28. *in fine*). Sed & si maritus in servitutem privati redactus, aut pœne servus effectus publicationem bonorum passus sit, vel mortuus dotale prædium cum rebus ceteris ad heredem suum transmiserit, domino privato vel fisco vel heredi non magis, quam ipsi marito, alienandi prædii dotalis potestas est, *l.* 1. §. 2. *l.* 2. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* eo quod etiam diremto matrimonio dotale prædium intelligitur, quantum ad legis Juliæ prohibitionem, *l. etiam si* 12. *ff. h. t.*

2. Alienationis vocabulo dum Imperatores in *l.* 1. *C. h. t. omnem actum, per quem dominium transfertur* designari ajunt, latiore sensu dominium accipitur, quatenus & servitutis in jure nostro dominium est, ut dictum *tit. de rei vindicat. num.* 1. nam & oppignorationem vetitam esse, ex ipsa lege Julia constat, & servitutem fundo dotali imponi non posse, nec vicissim eam, quæ fundo quæsita fuerat, remitti, patet ex *l. Julianus* 5. 6. 7. *ff. h. t.* superficiei quoque in fundo dotali venditionem vel emphyteusios impositionem lege Julia comprehensam fuisse, arguit lex *si ex lapidicinis* 32. *ff. de jure dot.* junct. *l. ult. C. de reb. alien. non alienandis.* Sed & facta per maritum provocatio ad divisionem prædii communis, cujus pars indivisa in dotem data fuerat, alienationis interdictæ species est, *l. ult. C. h. t. l. ex castrensi* 18. §. *itaque* 2. *ff. de castrensi pecul.* nec non patientia usucapionis, si hæc stante matrimonio cœpta sit; cum vix sit, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi, *l. alienationis* 28. *ff. de verb. signif.* junct. *l. si fundum* 16. *ff. h. t.* Quod, quo modo etiam in usufructu in dotem dato, ac per præscriptionem extincto locum habeat, Tryphonius tractat in *l. cum in fundo* 78. §. *quod si mulier* 2. *ff. de jure dot.* Sola tamen voluntaria alienatio est, quam vetat lex Julia de fundo dotali; nam si ob id, quod maritus damni infecti non cavebat, missus sit vicinus in possessionem dotalis prædii, deinde jussus sit possidere, dominus efficitur, quia hæc alienatio voluntaria non est, *l.* 1. *pr. ff. h. t.* Idemque juris est, si maritus ad divisionem dotalis prædii, cum altero communis, non ipse provocet, sed provocatus fuerit, cum ista quoque divisio tunc ex parte mariti non voluntaria, sed necessaria sit, *l. cum in fundo* 78. §. *pen. ff. de jure dot. l. ult. C. h. t.* junct. *l. ult. C. communi divid. l. pen. C. de præd. & aliis reb. min. sine decreto non alien.* Per universitatem quoque transire posse dotale prædium, Paulus monet, puta ad heredem mariti defuncti, sed cum suo jure, ut alienari non possit, *d. l.* 1. §. 1. *ff. h. t. l. quædam quæ* 62. *ff. de acquir. rer. domin.*

3. Non tamen lex Julia in fundo dotali æstimato locum habet, quoties æstimatio venditionem fecit, adeoque irrevocabile fundi dominium in maritum transfert, vel saltem id actum fuit, ut arbitrio mariti esset, utrum fundum an æstimationem soluto matrimonio reddere velit, & utroque in casu maritus tempore reddendæ dotis solvendo est, *l. quod si fundus* 11. *ff. h. t. unic.* §. *cumque* 9. *C. de rei uxor. act.* junct. *l. in rebus* 30. *C. de jure dot.* cum hisce in casibus maritus non prædii, sed summæ velut pretii debitor efficiatur, *l. quoties* 5. *C. de jure dot.* Diversum foret, si æstimatio non contineret venditionem, vel arbitrio mulieris relictum esset, utrum fundum recipere malit, an æstimationem, *d. l.* 11. *ff. h. t. l.* 1. *C. h. t.* Adde *l. ult. ff. de pactis dotal. l. æstimatis* 50. *ff. soluto matrim.* & quæ dicta *tit. de jure dotium n.* 19. Quod si mulier in dotem dederit id, quod sibi maritus debet, is vero *fundum Cornelianum aut decem aureos*, vel *fundum Cornelianum aut Sempronianum* alternatim debeat, alienatio fundi permissa marito est, quamdiu res utraque alternative debita etiamnum in rerum natura est, & ob id electio adhuc marito salva, utrum fundum Sempronianum aut decem aureos, an magis Cornelianum, debere velit, & dotalem efficere. Quin imo, si fundum Cornelianum jam alienaverit, sed postea rursus eundem redemerit, adhuc in potestate ejus est, an redemtum cupiat dotalem efficere, alterumque alienare. Sed si ex duabus rebus alternative debitis una tantum supersit, fundus unus, certum est, electione per interitum alterius rei, peremta, hunc solum fundum, qui superest, deberi, atque ita dotalem factum subjacere legis Juliæ dispositioni, *l. si marito* 9. §. 1. 2. 3. *l.* 10. *ff. h. t.*

4. Non etiam ad res mobiles dotales legis Juliæ prohibitio porrigenda est, sive tales sint, quæ pondere, numero vel mensura constant, *l. res in dotem* 42. *ff. de jure dot.* sive non fungibiles, ut servi, *l. etsi dotis* 3. *C. de jure dot.* sive alterius generis corpora utcunque pretiosa: cum neque ulla id lege cautum sit, neque eadem mobilium pretiosorum, quæ immobilium ratio inveniatur; dum inanis sæpe circa mobilia legis prohibitio esset, ubi illa semel a marito interversa ac alienata, ab emtoribus celantur, aut ita abducuntur, ut difficilis ac prope impossibilis eorum persecutio sit; quod de immobilibus, interversioni tali haud subjectis, ac sponte satis ad vindicationem faciendam apparentibus, metuendum non est. Nec recte argumentum in contrarium a tutoribus, res etiam mobiles pupillorum pretiosas alienare non valentibus ad maritos circa res mobiles dotales

cum fundamento transtuleris, *et l. lex, qua* 22. *C. de admin. tutor. vel curat.* cum diversitatis ratio manifesta in eo sit, quod in marito, tanquam domino rerum dotalium, regula vigeat, secundum quam qui dominus est alienandæ rei potestatem habet, nisi lex impediat: cum ergo in solis prædiis dotalibus legis Juliæ prohibitio concepta sit, consequens est, in mobilibus regulæ communi standum esse; at in tutoribus, nullum dominii jus in re pupillari habentibus, regula contraria admittenda fuit, eos nempe, quia domini non sunt, nullam alienandi habere facultatem, nisi id ipsi nominatim a lege datum appareat; quod cum tantum circa res mobiles, quæ servando servari nequeunt, ipsis tributum, in cæteris vero omnibus aperte denegatum sit per *d. l.* 22. evidens est, perperam eos agere, qui maritorum, tanquam dominorum, circa res mobiles dotales potestatem ex tutorum, non dominorum, circa res pupillares potestate metiri volunt. Ne dicam, esse, quod sibi mulier imputet, quod mobilia in dotem dederit, quæ, etiamsi eo usque se extenderet legis prohibitio, interverti facile secundum ante dicta possent; sibi ex adverso pupillis imputari non potest, quod tutores administrationis gratia res mobiles tractent: ut proinde æquum fuerit, magis pupillis extra omnem culpam positis, quam quidem uxoribus, alienatorum mobilium, permitti vindicationem. Longe minus prohibitio legis Juliæ ad paraphernalia pertinet; quæ proinde ex mulieris voluntate maritus alienare potest, arg. l. *hac lege* 8. *C. de pactis conven. it*, vel ipsa mulier tanquam domina, secundum principia juris civilis. Confer Wesembecium *paratitl. ff. h. t. num. ult.* ibique Hahnium *in notis*.

5. Quod si maritus, vel alius, qui secundum ante tradita ex mariti voluntate vel pro marito dotem suscepit, contra legis prohibitionem fundum dotalem alienaverit aut obligaverit, quicquid gestum, ipso jure nullum est, nec transit dominium, aut hypothecæ jus nascitur, arg. *l. non dubium* 5. *in med. C. de legibus*, ac potest mulier, vel etiam heres ejus, prædium alienatum a quocunque vindicare possessore, *l. in rebus* 30. *C. de jure dot. l. dotale* 13. §. *heredi* 3. *ff. h. t.* sive totum, sive sola pars ejus alienata sit, *d. l. dotale* 13. §. *prædii* 1. *ff. h. t.* Nec refert, utrum post alienationem jam elapsum sit tempus usucapioni implendæ præfinitum, nec ne; si modo stante demum matrimonio usucapio cœpta & impleta sit: nam si jam ante nuptias ac dotem constitutam fuisset inchoata, non interpellat eam lex Julia, quo minus deinceps matrimonio constante impleatur: quo tamen casu rem sui periculi maritus faciat, si, cum posset, eandem petere neglexerit. Plane, si paucissimi tantum dies ad perficiendam longi temporis possessionem superfuerint, cum primitus prædium in dotem daretur, nihil est quod marito imputabitur, adeoque mulieri ipsi hoc amissi dominii damnum nocebit, *l. si fundum* 16. *ff. h. t.*

6. Sunt & alii casus, quibus ex bono & æquo sustinetur facta fundi dotalis alienatio, puta, si mulier semel iterumque post biennium in alienationem consenserit & maritus solvendo sit, *novell.* 61. *cap.* 1. §. 1. 2. Vel pecunia ex fundi dotalis alienatione redacta in fundi utilioris emtionem conversa, aut fundus dotalis cum utiliore permutatus sit; cum his in casibus nullum mulier ex sexus fragilitate damnum sentiat, *l. ita constante* 26. *l.* 27. *ff. de jure dot.* Idemque est, si uxor marito suo alienanti heres extiterit sive ex testamento sive ab intestato, in quantum tunc pro ea parte, qua heres est, factum defuncti præstare tenetur, si modo ex aliis mariti bonis queat indemnis esse, arg. *l. dotale* 13. §. *ult. ff. h. t.* junct. *l. cum a matre* 14. *C. de rei vindicat.* Denique ex tractu temporis convalescit alienatio, si uxor matrimonio decesserit, & fundus dotalis alienatus ex pacto cedat lucro mariti, sive pactum illud antenuptiale sit, sive soluto matrimonio inter maritum & uxoris heredes intervenerit, *l. cum vir* 42. *ff. de usurpat. & usucap. l. pen. ff. h. t.* Nihil in contrarium faciente eo, quod servo alieno data libertas non convalescit, licet manumittens postea dominus factus sit; vel manumittenti dominus servo manumissi heres extiterit, *l. si servo* 20. *ff. qui & a quibus manumissi liberi non fiant.* Diversitatis enim ratio in eo est, quod manumissio vindicta facta actus legitimus fuerit, & ob id neque ex die, neque ex conditione potuerit suspensa esse, sed aut statim ab initio valere debuerit, aut nunquam tractu temporis firmitatem nancisci, arg. *l. actus legitimi* 77. *ff. de regul. juris*, cum ex adverso prædii dotalis venditio actibus legitimis nuspiam annumeretur, ac proinde etiam firmitas ejus ac effectus in suspenso esse potuerit, donec acquisito per maritum pleno dominio jus emtoris confirmatum fuit.

7. Mores hodiernos quod attinet, in Frisia fundi dotalis alienationem vel a muliere ex consensu mariti, vel a marito ex mulieris consensu fieri obtinuit, teste Johanne a Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *t.* 4. *defin.* 2. vers. *at quæritur.* In Gelria quoque, ac multis aliis in locis non posse maritum sine uxoris consensu alienare bona immobilia utrique conjugi propter conjugalem societatem communia, docet Lambertus Goris *adversar. tract.* 1. *cap.* 5. *n.* 6. 7. 8. Ultrajecti maritus non aliter sua, aut uxoris suæ immobilia in solo Ultrajectino sita, annuosve reditus sine uxoris consensu alienare potest, sive vendendo, sive in dotem liberis dando, aut servitutem iis imponere, vel pignori ea obligare, quam si communem ex uxore prolem habeat, *Statutum urbis Ultraject. rubric.* 22. *art.* 1. junct. arg. *l. Julianus* 5. *l.* 6. 7. *ff. h. t. l. ult. C. de reb. alien. non alienand. pr. Instit. quib. alien. licet vel non*, Rodenburch *de jure conjugum t.* 2. *cap.* 3. *n.* 9. 10. *& passim in illo capite* & *tract. prælim. de statut. diversit. tit.* 2. *cap.* 5. *n.* 9. 10. Parens p. mem. Paulus Voet *ad pr. Instit. quib. alien. licet vel non, numero septimo* & *tract. de natura mobil. & immobil. cap.* 17. *numero vigesimo tertio.* In Hollandia maritus etiam invita uxore tum sua, tum uxoris bona mobilia & immobilia Hollandica jure maritalis potestatis alienare potest, sive communem habeat prolem sive non, sive major ennis sit, sive necdum impleverit vigesimum quintum ætatis annum, Rodenburch *de jure conjugum tract. prælim. de statut. divers. tit.* 4. *parte altera. cap.* 4. *n.* 2. *& seqq.* (adde *tit. de minoribus* 25. *annis n.* 6. *& seqq.*) Nec refert, utrum universalis bonorum omnium inter conjuges Hollandos communio manserit, an ex pacto antenuptiali, aut vi legis *hac edictali* 6. *C. de secund. nuptiis*, vel in pœnam nuptiarum sine consensu parentum cum minore contractarum, de quibus *tit. de ritu nuptiarum* latius actum, exclusa sit. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 1. *cap.* 5. *num.* 33. 34. Groenewegen *ad princ. Instit.*

quib. alien. licet vel non n. 5. 6. Quin imo, si pacto dotali id actum sit, ut mulier dotem salvam habeat; nec nomine æris alieni stante matrimonio contracti teneatur; aut ut electionem habeat, utrum dotem recipere malit; an lucri & damni stante matrimonio evenientis particeps esse, ne tunc quidem alienandi potestas marito in Hollandia videtur ademta, nec alienatorum vindicatio mulieri permittenda, sed tantum uxor dotis salvæ electionem faciens, de pretio alienatorum ex reliquis mariti bonis recuperando actionem & ante alios mariti creditores prælationem habet quatenus mariti facultates adhuc conservatæ id patiuntur; ut dictum *tit. de pactis dot. n.* 52. 53. Diversum foret, si ante nuptias pactis dotalibus marito rei uxoriæ alienandæ licentia nominatim ademta esset; vel stante matrimonio propter malos mariti mores uxor bonorum separationem, & interdictionem alienationis marito publice factam, a magistratu impetrasset; tunc enim secuta per maritum alienatio nullius momenti foret, & salva uxori vindicatio immobilium, si quæ de facto alienata essent; uti id probatum a me *in tit. de pactis dotal. n.* 21. Atque adeo (ut in pauca rem conferam) si communio inter conjuges sit, vel id actum, ut bona redeant ad latus illud unde profecta, in Hollandia maritus invita uxore sic prædia ejus alienare potest, ut uxor ob id ne cum cæteris quidem creditoribus concurrere possit ad pretii repetitionem, sed demum iis omnibus dimissis venire debeat ipsa heredesve ejus, dotem pro pactorum dotalium tenore repetitura. Si nominatim dotem salvam pacta sit, aut electionem, an lucri & damni stante matrimonio quæsiti particeps esse velit, alienatio quidem rerum dotalium per maritum facta rata manet, sed pro pretio earum recuperando ex bonis mariti ita uxor creditrix est, ut & aliis mariti creditoribus anteponenda sit. Sed si vel pacto antenuptiali, vel decreto magistratus publico bonorum alienatio marito interdicta sit, secuta contra pactum aut interdictum alienatio nullius momenti est, nec deneganda uxori vindicatio eorum, quæ nullo jure alienata sunt. Confer Neostadium *de pactis antenupt. observ.* 10. *&* 24. Groenewegen *ad d. princ. Instit. quib. alien. licet vel non, n.* 5. 6. 7. & *ad l.* 30. *C. de jure dot.* Leeuwen *cens. for. par.* 2. *lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 6.

8. Quibus autem in casibus sive in Hollandia, sive aliis in locis alienatio prædii dotalis per maritum perperam facta ipso jure nulla est, ac ob id vindicatio alienatorum mulieri indulta, non potest illa hodie repelli ex eo, quod a tempore alienationis interpositæ longissimum jam effluxerit temporis spatium, quod præscriptioni adimplendæ ex usu præfinitum est; tum quia nunc mulieris per nuptias in tutelam maritorum redactæ, pupillorum seu minorum (quorum eadem apud nos ratio) ordini incipiunt adscriptæ esse, quibus præscriptionem non currere jus civile definivit in *l. sicut in rem* 3. *C. de præscript. triginta vel quadr. annor.* & latius adstruetur in *tit. de usurp. & usucap.* tum quia agere non valenti non currit præscriptio, agere vero uxor non potest, quamdiu in maritali potestate est. Ita post Zypæum *notit. jur. Bel. lib.* 5. *tit. de jure dotium circa fin.* vers. *fundum*, aliosque Wesel *de connub. socies. tract.* 2. *cap.* 1. *n.* 72. Quod si a tempore soluti matrimonii, adeoque cessantis impedimenti, integro præscriptionis tempore præfinito fundum non jure alienatum vindicare neglexisset uxor heredesve ejus, non dubium, quin deinceps præscriptionis exceptione vindicatio summoveatur, Zypæus *d. loco.* Adde *l. in rebus* 30. *in fine C. de jure dot.*

LIBER VIGESIMUS QUARTUS.

TITULUS I.

De donationibus inter virum et uxorem.

SUMMARIA.

1. *Quid munus a dono differat; ratio, cur jure civili donatio vetita fuerit, redditur ac defenditur. Cur liceat mortis causa donare vel legare?*
2. *Si donatio simplex inter conjuges facta sit, qualis possessio transeat, qualis non? An inde competat interdictum unde vi? An usucapio?*
3. *Dominium non transit in donatarium. Quando, et quo usque donator vindicare aut condicere donata possit? Quid, si donatarius rem iterum alienaverit? Quando videatur factus locupletior ex re donata, quando non? An et quales fructus aut usuræ cum ipsis rebus donatis repeti possint?*
4. *Confirmatur hæc donatio morte donantis; modo actis insinuata vel testamento firmata sit, si excedat* 500. *aureos. An et morte civili, et quali? Quid, si uterque conjux simul naturaliter aut civiliter moriatur?*
5. *Probatur, morte confirmari etiam donationem, quia non traditione, sed stipulatione vel pacto legitimo facta est.*
6. *Recensentur casus, quibus morte donantis non firmatur donatio, inter quos, si donantem pœnituerit, eo casu ultima pœnitentia spectanda. An heres pœnitere possit? In dubio pœnitentia non præsumitur; ex quibusdam tamen circumstantiis pœnitentia colligitur, ubi de divortio; si donatarius donantem occiderit, si donans alienaverit aut obligaverit.*
7. *Non confirmatur morte aut servitute donatarii. Quid, si is donanti ampla legata dederit? Quid, si donans eam ratam tunc habeat?*
8. *Inter conjuges jure civili & hodierno contractus onerosi consistere possunt; non item si simulentur in fraudem prohibitæ donationis. Quando simulati tales contractus in totum, quando pro parte tantum nulli sint inter conjuges, quod exemplis docetur. Quid juris, si marito debeat uxor & Titius, & maritus Titio aut uxori accepto tulerit?*

9. *Quo modo per interpositas personas fraus fiat prohibitioni donationis, ubi de donatis socero, genero, socrui, fratris uxori, & aliis similibus: An & haec morte firmetur?*
10. *Subsistit tamen donatio remuneratoria. An & ea, quae senex uxori juvenculae, plebeja uxor viro nobili donat in compensationem nobilitatis &c.? An donatio mortis vel divortii vel exilii causa?*
11. *Non amare, nec ut inter infestos, jus prohibitae donationis tractandum, quod exemplis docetur, quibus donatio statim rata est. Quo modo uxor probet, res quasdam sibi a marito donatas esse.*
12. *Valet statim donatio, si vel donans non fiat pauperior vel donatarius ditior. Recensentur multi casus, quibus valet donatio, quia donatarius non fit ditior, tum jure civili, tum moribus.*
13. *Recensentur multi casus, quibus donatio subsistit, quia donans non fit pauperior; ubi & de repudiatione legati aut hereditatis, rogatione ut donaturus aut legaturus sibi, donet uxori, et similia. Et quid moribus obtineat?*
14. *Valet donatio inter Principem et Augustam; item ad reparationem aedium exustarum. Potuit et uxor ante nuptias poenam pacisci in certum casum, eamque stante matrimonio exigere.*
15. *An valeat donatio inter sponsum et sponsam? Quamdiu intelligatur sponsa, non uxor? An inter conjuges putativos? An concubina donari possit? et quid moribus?*
16. *Si non appareat, unde uxor rem habeat, an praesumatur habere ex mariti donatione? et quid hodie?*
17. *Quale jus nunc apud plures populos obtineat circa hanc inter conjuges donationem tum inter vivos, tum testamento factam? An non subsistat testamento facta donatio probibita, si proximi cognati consentiant vivo testatori?*
18. *Recensentur per indicem plurimae quaestiones, quae praesupponunt statutum, ne conjux conjugi quid ultra usumfructum donet aut leget; et de necessitate ususfructus reciproce relinquendi. Qui de his scripserint?*
19. *Cujus loci statuta circa probibitam inter conjuges donationem spectanda sint?*

1. QUamvis permissum conjugibus fuerit, inter se munera mittere atque admittere in infinitum, id est, absque restrictione ad quantitatem aureos centum haud excedentem, ultra quam ab extraneis Romani magistratus xenia accipere in anno prohibiti erant, *l.* 1. §. 1. junct. *l.* 6. §. 2. *l.* 7. §. 1. *ff. de leg. Jul. repetundarum, l. sed si vir* 31. §. *si vir uxori* 8. *ff. h. t.* tamen cum a *muneribus* hisce *dona* distincta esse Jurisconsultus observaverit in *leg. munus* 214. *ff. de verb. signif.* mirum videri non debet, quod jus civile munera inter conjuges non reprobans, donationes tamen simplices inter eos noluerit ratas esse. Etenim & ex antiquis majorum moribus apud Romanos receptum, & oratione Severi ac Antonini confirmatum fuit, *ne inter virum & uxorem donationes valerent*; ea potissimum ratione, ne amore mutuato invicem spoliarentur, profusa erga se facilitate donationibus haud temperantes; neve pretio concordia conciliari videretur; & matrimonia venalitia essent, dum saepe eveniret, ut ea discuterentur, si non donaret is, qui posset; atque ita melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret, ac amor honestus non solis animis, sed largitione aestimaretur, *l.* 1. 2. 3. *ff. h. t.* Quam Romani juris rationem perperam post Argentraeum Rodenburgius *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 4. *num.* 7. carpit ex eo, quod inter vivos quidem donatio eo jure prohibita, mortis vero causa interveniens permissa fuerit, quasi & heredibus conjugum consuli debuerit; quibus tamen haud consultum, ubi mortis causa donationes in conjugem a conjuge collatas decidere possunt successionis spe. Etenim, cur tantopere legitimis heredibus prospiciendum sit, ratio non est, nisi penes eos solos, quibus in universum displicuit testandi jus: nam si per testamentum fraudare liceat heredes legitimos, vocatis ad successionem plane extraneis, dum testator legitimos successione sua haud dignos arbitratur, quae, quaeso, iniquitas est, si iis exclusis conjugem superstitem, velut optime meritum, meritamve conjux instituat, aut alia suprema honoret voluntate, in nullam hoc ipso prolapsurus egestatem, dum & testamentariae dispositiones & mortis causa donationes usque ad extremum donantis aut legantis halitum poenitentiam admittunt, ac in suspenso sunt, effectum quippe rem tum demum habituram, cum leganti vel donanti perempta est per mortem, retinendi spes. Respexerunt scilicet Romani in prohibenda donatione personas non heredum, non familiae, sed ipsorum conjugum, ne mutuo spoliarentur amore, & melior incideret in paupertatem, quae quidem ex irrevocabili inter vivos donatione metuenda erat; at non ex ea, quae mortis causa interveniebat, aut testamento conferebatur. Heredibus legitimis familiaeque vel magis vel minus prospici, juris positivi est, & a legislatoris arbitrio dependet, pro populorum genio, moribus, institutis, bonorum qualitate varie definiendum; nec iniqui mox dicendi, qui in hisce aliisque per omnia non probant, quod genti vicinae vel remotiori probatum vident.

2. Quod si de facto donatio simplex inter conjuges intervenerit, naturalis quidem possessio, quae facti est, in donatarium transfertur, *l.* 1. §. *si vir.* 4. *ff. de acquir. vel amitt. poss. l.* 1. §. *ult. ff. pro donato*, sicut & interdictum *unde vi* accommodetur mulieri de possessione fundi donati dejectae, *l.* 1. §. *dejicitur* 9. & 10, *ff. de vi & vi armata*, sed civilis non transit, *l. si eum* 26. *ff. h. t.* unde nec usucapio rei ita donatae donatario permittitur, *d. l.* 1. §. *ult. ff. pro donato*, junct. *l. inter virum* 46. *ff. h. t.* ac donatarius *pro possessore* dicitur possidere, quasi praedo in mala fide positus, tituloque omni carens, *l. pro herede* 11. §. 1. *l.* 12. 13. *pr.* & §. 1. *ff. de petit. heredit. l. quod uxor* 16. *ff. de acquir vel amitt. possess.* licet fructuum industrialium intuitu pro bonae fidei possessore habeatur, eosque lucretur, *l. fructus* 46. *ff. de usuris*.

3. Longe minus dominium rerum donatarum donatario acquiritur, quo etiam respectu ab Ulpiano scriptum est, nec traditionem quicquam valere, *l. hac ratio* 3. §. *sciendum* 10. *ff. h. t.* junct. *leg. nunquam* 31. *ff. de usquir. rer. domin.* potestque ob id donans eas extantes vindicare, si modo impensam in eas factam, & fructus perceptos excedentem, donatario, tanquam bonae fidei possessori, refundere paratus sit, secundum jus commune vindicationum, *l. sin autem*

27. §. *ult. ff. de rei vind. l. sed si vir* 31. §. *si vir* 2. *ff. h. t. l. cum vir* 10. *ff. de doli mali & met. except. l.* 1. §. *ult. ff. de pignor. & hypoth.* nisi donatarius malit rei æstimationem reddere, præstita sibi cautione simplici de evictione, *l. si donata* 36. *ff. h. t.* Neque hanc vindicationem impedit, quod conjux donatarius rem sibi donatam rursus alteri ex venditione, donatione, aliove titulo tradiderit, cum res donata nihilominus donantis remanserit, & facta per donatarium alienatio in pendenti sit, donec morte donantis donatio confirmata, adeoque retro acta fuerit, per donantem haud revocata, *l. si sponsus* 2. §. *hac res* 9. *l. sed interim* 11. §. *si uxor* 9. *ff. h. t.* Quod si consumtæ fuerint res donatæ, condictio earum donanti datur, quatenus inde accipiens locupletior factus est tempore litis contestatæ, *l. si sponsus* 5. §. *ult. l.* 6. *l.* 7. *pr.* & §. 3. *l. quid ergo* 16. *l. si id* 28. *pr.* & §. 3. *l. si mulier* 29. *l. si stipulata* 23. §. 2. *l. vir uxori* 30. *l. si, cum mulier* 50. §. 1. *l. uxor marito* 55. *l. si prædia* 58. §. *ult. ff. h. t. l. si fructus* 8. *C. h. t.* aut dolo fecit, quo minus habeat, *l. si mulier* 37. *ff. h. t.* Locupletior autem factus intelligitur etiam tunc, cum a credito liberatus est, *l. quod autem* 7. §. *si uxor* 7. *l. si, cum mulier* 50. *ff. h. t.* sive id acceptilatione interveniente contigerit, *l. hac ratio* 3. *sciendum* 10. *ff. h. t.* sive exceptionis non æquæ admissione & subsecuta ad eam absolutione, *l. si sponsus* 5. §. *uxor vel.* 7. *ff. h. t.* Sed & si per non usum aut aliter res ejus serviens a servitute liberata sit, *d. l.* 5. §. *si donationis* 6. *ff. h. t.* aut servus donatus aliquid donatario acquisiverit, *l. de fructibus* 17. §. 1. *ff. h. t.* vel ex rebus donatis fructus naturales perceperit donatarius; quippe qui ejusdem juris habentur cum rebus ipsis donatis, unde percepti sunt, *l. fructus* 45. *ff. de usuris.* Diversum in industrialibus obtinet, veluti in satis, nec non in usuris ex pecunia donata perceptis; quippe quas, non obstante donantis pœnitentia ac revocatione, donatarius lucratur, utcunque locupletior inde factus fuerit; adeo ut, si ex centum, quæ vir uxori donavit, quinquaginta apud debitorem perierint, & alia quinquaginta duplicatis usuris uxor habeat, non plus quam quinquaginta ejus donationis nomine maritus ab ea possit ex pœnitentia avocare, *d. l. fructus* 45. *ff. de usuris l. ex annuo* 16. §. 1. *l.* 16. *ff. h. t.* Et ad fructus hosce industriales restringendum quod generalius a Juliano & Ulpiano scriptum est, fructus prædiorum donatorum, ut usuras licitam habere donationem, *leg. de fructibus* 17. *ff. h. t.* Nec obstat, quod in *l. si fructus* 8. *C. h. t.* & *l. pro oneribus* 20. *C. de jure dot.* generaliter constitutum est, fructus revocari posse, quatenus inde donatarius locupletior factus est. Non enim illic de rerum donatarum fructibus, sed de fructibus principaliter donatis, quæstio est. Simili modo locupletior non videtur donatarius, si ex pecunia donata rem emerit, & illa nunc pluris valeat, quam quatenus nummorum donatorum quantitas ascendit: eo quod retinere rem emtam, & nuda pecuniæ donatæ restitutione defungi potest; quamvis donator de cætero rebus ipsis coemtis teneatur contentus esse, si minoris nunc valeant, quam quanti emtæ quantumque donatum est, *l. quod autem* 7. §. *idemque* 3. & *seqq. l. si id quod* 28. § *si ex decem* 3. & *seqq. ff. h. t.* quas & utili rei vindicatione persequi potest, maxime, si donatarius solvendo non sit, *l. uxor marito* 55. *in fine ff. h. t.*

4. Confirmatur tamen facta inter conjuges donatio per mortem donantis, si ei donatarius supervixerit, *l. donationes* 25. *C. h. t.* Fachineus *controv. lib.* 3. *cap.* 73. aut simul cum donante sic uno casu, veluti naufragio aut ruina, extinguatur, ut probari nequeat, uter alteri superstes fuerit, quo casu etiam mutuas conjugis utriusque donationes ratas manere, ac heredes inde locupletari, responsum est, *l. cum hic status* 32. §. *si ambo* 14. *ff. h. t. l. si inter* 8. *l.* 9. §. *si maritus* 3. *ff. de reb. dubiis*, *l. si quis invicem* 26. *ff. de mortis causa donat.* Si modo donatio quingentos excedens aureos actis insinuata, vel testamento confirmata sit, quippe quo deficiente tantum usque ad quingentos esset aureos valitura. Ut tamen intersit, utrum actis insinuata, an testamento confirmata sit: si enim actis insinuata fuerit retro firma habetur donatio ex eo tempore, quo primitus facta est: sin testamento solummodo firmata fuerit, ex tempore confirmationis vim habet, *l. donationes* 25. *C. h. t. novell.* 162. *cap.* 1. §. 2. Nec interest, utrum mors naturalis, an violenta sit, dum donans ultimo supplicio ex scelere affectus est, si modo donatio crimine antiquior sit; quod quidem ita primo in militibus donantibus obtinuit, quia his etiam damnatis testari permittebatur, *l. cum hic status* 32. §. *si miles* 6. *h. t.* sed postea ex humanitate ad omnes donatores extensum fuit, ne conjux donatarius alieni criminis infortunio adstringatur, *l. res uxoris* 24. *Cod. h. t.* Non etiam refert, utrum civilis mors, an naturalis intervenerit, dum conjux donans ab hostibus captus fuerit, captivitate confirmetur donatio, sive ex uno tantum latere sive utrimque facta, utcunque captis conjugibus non eodem, sed diversis temporibus mors naturalis in captivitate deinceps supervenerit. Contra, quam obtineret, si alteruter ex captivitate reverteretur: utpote qui tunc videretur alteri apud hostes mortuo supervixisse, *l. cum hic status* 32. §. *si ambo* 14. *ff. h. t. l. ult. C. h. t.* Quod autem de captivitate donantis dictum, etiam in servitute pœnæ jure anteriori locum habuit, ut scilicet per eam tanquam mortem civilem donatio firmaretur, *l. res uxoris* 24. *C. h. t.* Sed cum jure novo servitus pœnæ sublata sit, nec matrimonium ex damnatione in metallum dirimatur, magis est, ut nec donatio firmata, sed magis in pendenti relicta intelligatur, arg. *novell.* 22. *cap. quod autem* 8. *auth. sed hodie C. h. t.* Quod & in deportatione jam olim placuit, quippe matrimonium haud dirimente; si modo casus deportationis, in quem maritus incidit, non mutaverit uxoris affectionem; adeo ut publicatis conjugis donantis ac deportati bonis, separanda fuerint ea, quæ conjugi ante crimen donata erant; ita tamen, ut non adimatur donanti licentia revocandi donationem, atque ita mors donantis expectanda sit, ut plenissimam donatio nanciscatur firmitatem, *l. sed si mors* 13. §. 1. *ff. h. t. l. res uxoris* 24. *C. h. t.* junct. *l.* 1. *C. de repudiis.* Eoque pertinet, quod traditum, etiam exilii & deportationis causa donationem inter conjuges factam subsistere posse, *d. l. sed si mors* 13. §. 1. *l. inter virum* 43. *ff. h. t.*

5. Non denique distinguendum secundum jus posterius, utrum donatio inter conjuges traditione perfecta fuerit, an vero in solis substiterit promissionis terminis, stipulatione aut legitimo donationis pacto comprehensis. Etsi enim ex Severi oratione ob-

tinuerit, heredem mariti non posse conveniri ad solvendum id, quod uxori stipulanti donationis causa maritus spopondisset, utcunque durante voluntate decesserit, & convenienter isti orationi a Papiniano, qui sub Severo floruit, id quoque recte fuerit comprobatum, teste Ulpiano in *l. Papinianus* 23. *ff. h. t.* tamen, cum jura increscere soleant, aliud ex oratione Antonini, qui fuit Severi filius, inductum fuit: quippe qua oratione, nec non Senatusconsulto ad eam subsecuto *de confirmandis inter conjuges donationibus*, confirmatio extensa est *ad omnes donationes inter virum & uxorem factas, ut & ipso jure res fiant ejus, cui donatæ sunt, & obligatio sit civilis*, auctore eodem Ulpiano in *l. cum hic status* 32. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* adeoque per mortem donantis ipso jure dominium transivit in conjugem donatarium, si donatio traditione perfecta fuisset; civilis vero acquirebatur obligatio, atque ita efficax pariter actio ad petendas ex stipulatu res, non traditas, sed stipulatione interveniente promissas. Eoque pertinet, quod idem Ulpianus in *l. si stipulata* 33. *ff. h. t.* tradit, mulierem, si annuum stipulata fuerit, id ex stipulatu petere constante matrimonio non posse; sed si manente matrimonio decessisse maritus proponatur, *posse dici stipulationem confirmari ex Senatusconsulto*: puta illo, quod ad Orationem Antonini subsecutum fuerat, juxta *d. l.* 32. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* Nec quicquam in *d. l.* 33. proponitur, ex quo colligi posset, annuum, ibidem in stipulationem deductum, aliquoties a vivo marito ex promissione solutum esse, ut quidam excipiunt, adeoque stipulationis istius implementum vivo etiamnum marito cœpisse. Et, si maxime hoc supponatur, considerandum tamen, quæstionem in *d. l.* 33. non esse de confirmatione eorum, quæ jam annuatim per donatorem soluta concipiuntur, sed de annuis conjugi stipulanti a conjuge promissis, ac necdum solutis, atque etiamnum per actionem ex stipulatu petendis, quæ Jurisconsultus dicit *ex stipulatu constante matrimonio peti non posse*, sed *stipulationem ex Senatusconsulto confirmari, si manente matrimonio maritus decessisse proponatur*. Nec dicam, satis etiam evinci ex *novell.* 162. *cap.* 1. *pr. et* §. 1. Quod jam olim ante Justiniani tempora rei per stipulationem donationis causa factam promissæ exactio post donantis obitum donatario conjugi permissa fuerit; dum ibi in casu, quo donans conjux non stipulatione, sed pacto donationis causa interposito, promiserat traditionem rei, a Justiniano constituitur, donatarium post mortem donatoris, donationem suam silentio firmantis, habere rerum donatarum persecutionem per condictionem ex lege; cum alii censuissent, ex nudo donationis pacto inter conjuges interposito retentionem quidem donati, at non exactionem esse. Nec est quod quempiam turbet, Ulpianum *d. l.* 23. non addidisse, placitum illud Papiniani mutatum fuisse. Cum enim *d. l.* 23. desumta sit ex Ulpiani libro 6. ad Sabinum, probabile est, eo tempore, quo hæc scripsit Ulpianus, nondum inductam fuisse mutationem, si modo consideres ab eodem Ulpiano demum in libro 33. ad Sabinum inchoari explicationem eorum, quæ oratione Antonini & Senatusconsulto ad eam secuto mutata fuerant, secundum prima verba legis 32. *ff. h. t.* quæ ratio est, quod Ulpianus in libro 36. ad Sabinum proposuit confirmationem donationis per stipulationem factæ, *l. si stipulata* 33. *ff. h. t.* cum ejus mentionem obscurius injecisset in *d. l.* 32. §. 2. *ff. h. t.* secundum ante dicta. Confer Wissenbac *ad Pand. vol.* 1. *disput.* 47. *ad hunc t. num.* 11. aliosque ibidem citatos, præcipue dissentientem Arnoldum Vinnium *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 15.

6. Non tamen confirmatur inter conjuges donatio, si donator servus privati effectus sit, licet alias morti servitus comparetur, *l. cum hic status* 32. §. *si donator* 6. *ff. h. t.* junct. *l. intercedit* 59. §. *ult. ff. de condit. & demonstrat.* nec si donans sibi mortem consciverit ob sceleris conscientiam, aut memoria ejus post mortem damnata sit, *d. l.* 32. §. *si maritus* 7. *ff. h. t.* nisi forte hoc mutatum sit per *d. l. res uxoris* 24. *C. h. t.* qua constitutum a Constantino, ne per damnationem quidem donatoris ob scelus irritam effici factam conjugi donationem. Sed nec ex morte donantis firmitatem accipit, si hereditas ejus solvendo non sit; cum satius sit, æs alienum defuncti exsolvi, quam conjugem donatarium ex donatione, per mortem demum confirmanda, fieri locupletiorem cum jactura creditorum, *l. si non verum* 15. *C. h. t.* junct. *l. quod autem* 6. §. *simili* 11. *ff. quæ in fraudi cred. facta sunt, ut restit.* Præcipue vero effectu destituitur, si conjux donans pœnitentia ductus eandem revocaverit, *d. l. cum hic status* 32. §. *ait oratio* 2. *ff. h. t.* Ut tamen ipsius donantis pœnitentia requiratur, nec heredi liberum sit donata avocare, nisi defunctum jam pœnituisse evidenter probet, *d. l.* 32. §. *ait oratio* 2. & §. *sed ubi* 4. *ff. h. t.* atque insuper in propositi mutatione pœnitentia suprema spectanda sit, ac locum habeat illud, ambulatoriam esse hominis voluntatem usque ad supremum vitæ exitum. Unde si quis uxori suæ donaverit, deinde eum pœnituerit, mox desierit pœnitere, dicendum est, donationem valere, ut supremum ejus judicium spectemus, *d. l.* 32. §. *pœnitentiam* 3. *ff. h. t.* Licet autem evidentem mutatæ voluntatis probationem Ulpianus exigat, sic ut in obscuro proclivior judex esse debeat ad comprobandam donationem, *d. l.* 32. §. *sed ubi* 4. *ff. h. t.* nihilominus variis ex causis pœnitentiæ præsumtio inducta atque admissa fuit, puta, si matrimonium divortio non bona gratia dissolutum sit, nec reconciliatio intervenerit, *d. l.* 32. §. *si divortium* 10. 11. 12. 15. 19. 20. *ff. h. t. l. si ut proponis* 5. *l. a marito* 18. *C. h. t.* Usque adeo, ut si nurus socero donaverit, & socer nurui repudium miserit, donatio infirmetur, utcunque matrimonium ipsum concordantibus viro & uxore non dirimatur per repudium a socero missum; cum nihilominus, quantum ad socerum donatarium repudium mittentem attinet, pro finito habeatur, *d. l.* 32. §. *si socer* 19. 20. *ff. h. t.* junct. *l. dissentientia* 5. *C. de repudiis.* Quamvis enim donationem inter conjuges in casum divortii fieri leges civiles permiserint, *l. sed si mors* 13. §. 1. *ff. h. t.* tamen, si non nominatim divortii causa donatio concessa sit, ex divortio mala gratia facto donationis confirmatio haud sequitur; *l. sed interim* 11. §. *ult. l.* 12. *l.* 13. *l. vitricus* 60. §. 1. *l.* 61. 62. 64. *ff. h. t.* Sed &, si donatarius donantem occiderit, magis est, ut irritam dicamus constitui donationem, arg. *l. si ab hostibus* 10. §. 1. *ff. soluto matrimon. l. si quis ita* 3. §. *ult. ff. de adim. vel transfer. legat. l. indignum* 3. *l. si inimicitia* 9. *ff. de his quæ ut indignis.*

Alienatio quoque voluntaria rei donatæ, sive ex donationis sive ex venditionis titulo, revocatæ donationis præsumtionem parit, *l. si maritus* 12. *C. h. t.* arg. *l. rem legatam* 18. *ff. de adim. vel transfer. legatis* §. *si rem suam* 12. *de Inst. legatis*. Plane, si donans rem donatam pignori dederit alteri, olim quidem ex eo quoque facto pœnitentia donantis ac revocatio colligebatur, *d. l. cum hic status* 32. §. *si maritus* 5. *ff. h. t. si maritus* 12. *C. h. t.* sed cum pignoris obligatio necessariis potius, quam voluntariis alienationibus adscribenda sit, & ob id etiam legatum non interciderit, si forte rem legatam testator pignori dedisset, *d.* §. 12. *Inst. de legatis*, merito a Justiniano constitutum fuit, etiam pignoris datione haud perimi factam inter conjuges donationem, *novell.* 162. *cap.* 1. §. 1.

7. Quod si ante donantem mortuus sit donatarius, vel in servitutem redactus, certo certius in irritum donatio deducitur, *l. si inter* 8. *ff. de reb. dub. l. cum hic status* 32. §. *si donator* 6. & §. *si divortium* 10. & §. *si ambo* 14. *ff. h. t.* licet donatarius præmoriens ampla legata donatori reliquisset, *l. quæ jam nupta* 48. *ff. h. t.* nisi donans post mortem donatarii nihilominus voluerit donationem ratam esse, *d. l.* 32. §. 10. *ff. h. t.*

8. Cæterum non tantum directa inter conjuges donatio vetita est, sed & ea, quæ per indirectum as in fraudem prohibitionis fit, dum color vel titulus donationi quæsitus est, *l. Sulpicius* 49. *in med. ff. h. t.* sive alterius generis negotium donationis causa interveniat, sive per interpositas personas liberalitas interdicta exerceatur. Licet enim jure civili contractus omnes onerosi inter conjuges substiterint, si bona fide gererentur, *l. quod autem* 7. §. *si uxor* 6. *ff. h. t.* veluti emtio, venditio *d. l.* 7. §. 6. *ff. h. t. l. si vir uxori* 12. *ff. de præscriptis verbis* mandatum, *l. si ego* 9. §. *ult. ff. de jure dot. l. unic.* §. *taceat* 3. *C. de rei uxor act.* societas, *l. alimenta* 16. §. *ult. ff. de aliment. vel cib. legatis*, mutuum, *d. l.* 7. §. 6. *ff. h. t. Aurelius* 23. §. *pen. ff. de liberatione legata*, commodatum, *d. l.* 7. §. *si maritus* 5. *in fine ff. h. t.* depositum, *d. l.* 9. §. *ult. ff. de jure dot.* pignus, *d. l.* 7. §. 6. *ff h. t.* negotiorum gestio, *l. unic.* §. *taceat* 5. *C. de rei uxor. act. l. etsi de tua* 9. *C. h. t.* & similia; neque maritalis potestas ex jure hodierno apud Hollandos ac Ultrajectinos contractibus inter conjuges celebrandis impedimento sit, ut dictum *t. de ritu nupt. n.* 63. tamen cavendum fuit, ne in fraudem prohibitæ donationis simulentur, dum re ipsa continent vetitam inter conjuges liberalitatem, *d. l.* 7. §. 6. *l. cum hic status* 32. §. *si inter* 24. *ff. h. t. l. si quis donationis* 38. *ff. de contrab. emt.* Fraude enim probata, gesta inter conjuges negotia superius enarrata in totum, aut pro parte nulla forent. In totum quidem, si in totum in prohibitam incidant donationem, nec separationem recipiant: qua ratione, si tota venditio ab initio donationis causa facta sit, dum venditor non vendendi, sed donandi habeat propositum, ita in universum erit inutilis, ut nec ex uno latere res, nec ex altero pretium peti possit, *l. si sponsus* 5. §. *circa* 5. *ff. h. t. l. si res æstimata* 12. *ff. de jure dot.* arg. *l. si quis donationis* 38. *ff. de contrab. emtione.* Idemque dicendum de transactione, quoties de re minus dubia donandi animo inter conjuges intervenisse probatur, Rodenburch *de jure conjugum t.* 2. *cap.* 4. *num.* 19. Pro parte vero tantum, sic ut utile ab inutili separetur, quoties conjuges habuerunt quidem animum vere inter se contrahendi, sed ea occasione donatio intervenit vel accessit. Proinde si conjux conjugi rem vero vendat pretio, sed paciscatur, ne pretium petat, venditio rata est, ac ad implementum ejus agi potest; sed pactio, pretii remissionem continens, inutilis habetur, perinde ac si post contractum novo donandi consilio conjuges pacti essent, *l. si sponsus* 5. §. *circa* 5. *l. sed si vir* 31. §. *si vir* 4. *ff. h. t.* Similique modo, si servi venditioni justo pretio factæ pactum sit appositum, *ne fugitivum aut erronem venditor præstet*, subsistit venditio, ac sola pactio emtori addita, tanquam donationem continens, vires perdit, ut salvæ nihilominus sint emtori ædilitiæ actiones, ubi servus venditus erro aut fugitivus est, *d. l. sed si vir* 31. §. *idem* 5. *ff. h. t.* Sed &, si servus marito cum alio communis uxori ejus rem donaverit, invalida habita donatio pro ea, qua servus mariti est, pro altera effectum habet, ac dominium uxori præstat; si modo dominus alter servi id sciverit, aut ratum habuerit a servo gestum, *l. servus communis* 38. *ff. h. t.* Quin imo, si una aut plures res simul uno pretio, sed viliore, per conjugem conjugi venditæ sint, subsistit venditio, sed emtæ rei dominium non in totum, verum pro rata parte dati pretii, conjugi ementi acquiritur, atque ita inter conjuges communis fit, *l. sed si vir* 31. §. *si duo* 3. *ff. h. t.* Quod enim ab Ulpiano scriptum est, in *l.* 38. *ff. de contrab. emt. in fine, inter virum & uxorem donationis causa venditionem factam pretio viliore, nullius momenti esse*, non alio pertinet, quam ut significetur, venditionem illam, quatenus donationem continet, seu donationem facit, inter conjuges nec ut venditionem posse subsistere, quia hactenus venditor non venditum seu donatum voluit, nec ut donationem, quia ea inter conjuges indicta est, idque ad oppositionem aliorum, qui si consulto ac scientes donationis causa rem vilioris vendiderint, totius rei venditæ dominium nihilominus traditione transferunt; dum sola partem pro rata pretii transferebat conjux vilioris vendens donationis causa, atque ita incipiebat eam cum donatario communem habere, secundum *d. l.* 31. §. 3. *ff. h. t.* Quo autem modo accipiendum sit, quod Ulpianus generaliter tenendum monuit, in *d. l. si sponsus* 5. §. *generaliter* 2. *ff. h. t.* si donationi inter conjuges *aliarum extrinsecus rerum personarumve causa commixta sit, si separari non possit, nec donationem impediri: si separari possit, cætera valere, id quod donatum sit, non valere*, pro parte a glossa, ad *d. l.* 5. §. 2. expositum ac exemplis illustratum est, atque etiam ex supra dictis intelligi potest. Quod si maritus duos debendi reos habens, Titium & uxorem suam, mulieri accepto tulerit, ab eodem Ulpiano traditum, nec Titium liberari, quia tota acceptilatio inutilis est: sin Titio accepto tulerit, eum quidem liberari, sed uxorem manere obligatam, *d. l. si sponsus* 5. §. *si maritus* 1. *ff. h. t.* Quod posterius qua ratione cum aliis juris nostri principiis conveniat, non animadverto, secundum quæ per acceptilationem uni ex duobus debendi reis factam ipso jure tota extinguitur obligatio, eodem etiam Ulpiano auctore, ac alter quoque debendi reus perinde li-

beratur, ac si per unum, acceptilatione liberatum, naturalis facta fuisset præstatio ejus quod debetur, *l. liberationem* 3. §. *nunc de* 3. *ff. de liberat. legata.* Nisi forte dicas, acceptilationem Titio factam, quia uxori prodesse non debebat, non substitisse tanquam acceptilationem, sed Titio profuisse tanquam pactum utile de non petendo; in quantum acceptilatio inutilis pactum tamen utile secundum eumdem Ulpianum habet, *l. an inutilis* 8. *ff. de acceptilatione*, junct. *d. l.* 3. §. 3. *ff. de liberatione legata.*

9. Vidimus quo modo prohibitioni donatione inter conjuges fraus fiat per alios contractus donationis causa interpositos: per interpositas personas fraus orationi prohibenti fit, si socer genero vel nurui donet, vel gener aut nurus socero, vel consocer consocero, cum liberi matrimonio juncti in parentum potestate essent, & ob id pro una cum parente persona haberentur, sic ut tunc in persona parentum donantium aut acceptantium liberi, in potestate positi, videantur ipsi suis donasse conjugibus, aut ab iis accepisse, *l. hæc ratio* 5. §. *probibetur* 5. & 6. *l. si sponsus* 5. §. *generaliter* 2. *l. cum hic status* 32. §. *oratio* 16. 18. 19. 20. 21. *ff. h. t. l. donatio* 3. *l.* 4. *C. h. t.* Idemque est in fratre vel sorore mariti aut uxoris, qui simul cum iis in ejusdem parentis potestate est, si fratris uxori, vel sororis marito, donationem faciat, *l. hæc ratio* 3. §. *qui in ejusdem* 2. *ff. h. t.* Uti &, si mater filio, non ad castra tendenti, vel filiæ, vel privigno aut privignæ in mariti sui potestate constitutis, conferat liberalitatem, *d. l.* 3. §. *secundum* 4. *ff. h. t.* Plane, si potestas patria in hisce similibusque aliis personis non intercedat, nihil vetat, quo minus gener socero, & vice versa, valide donet; quemadmodum & socrui a nuru recte donatur; quia hic jus potestatis non vertitur, *d. l. hæc ratio* 3. §. *ab uxoris* 6. *in fine*, & §. 7. *ff. h. t.* Sicut autem directam inter conjuges donationem morte donantis firmari, supra notatum est; ita quoque hæc, quæ per interpositas personas facta est. Cujus autem mors tunc spectanda sit, peti potest ex *d. l.* 32. §. *oratio* 16. & *seqq. ff. h. t.*

10. Quandoque tamen subsistit ab initio inter conjuges donatio; puta, si remuneratoria sit, dum vir & uxor invicem sibi quina donaverunt, licet vir sua quina servaverit, uxor consumserit, *l. quod autem* 7. §. *si vir* 2. *ff. h. t.* Sande *de probibit. rerum alienat. part.* 1. *cap.* 2. *num.* 21. & *seqq.* eoque a nonnullis etiam relatum est, si conjux conjugi donet ob id, quod illa ægrotanti jugiter adfuerit, fideliterque servierit, uti &, si deformis formosæ. ignobilis nobili, senex juvenculæ uxori, aut vetula juveni marito donet, ad compensandum defectum formæ, vigoris, & nobilitatis, Perezius *ad tit. Cod. de donat. n.* 5. vers. *receptum.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol* 2. *consil.* 54. *n.* 18. Berlichius *conclus. pract. part.* 2. *conclus.* 15. *num.* 18. post multos ibidem adductos. Sed vix est, ut id admiserit; cum nuspiam magis, quam istis in casibus, amor venalis sit, & pretio concordia concilietur, contra *l.* 1. 2. 3. *ff. h. t.* Sande *de probib. rerum alienat. part.* 1. *cap.* 2. *n.* 24. 25. Fachineus *controvers. lib.* 3. *cap.* 80. & nihil magis humanum sit, individuæque vitæ consuetudini conveniens, quam fortuitorum casuum, morbi, furoris, similiumque conjugi supervenientium participem esse conjugem, sine ulla remunerationis spe, arg. *l. si cum dotem* 22. §. *si maritus* 7. *ff. soluto matrim.* Rodenburch *de jure conjug. tit.* 2. *cap.* 4. *n.* 17. Sed & mortis vel divortii vel exilii causa donationes fieri posse, supra monitum, quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir & uxor esse desinunt, *l. si eum* 9. §. *ult. l.* 10. *l. sed si mors* 13. §. 1. *l. inter virum* 43. *ff. h. t.* Nec adversatur *l. mortis suæ* 53. *ff. h. t.* Non enim ibi recte socer nurui donat mortis suæ causa, quia (ut ipse textus habet) morte soceri nuptiæ non solvuntur inter filium & nurum. De cætero socerum, nurui recte donare in casum mortis filii sui, expeditum est ex *l. mortis causa* 11. *ff. de mortis causa donation.*

11. Quid, quod & simplex inter vivos donatio multis in casibus inter conjuges protinus ab initio rata est, nec confirmatione per mortem donantis opus habet? Primo enim generaliter observandum est, *non amare, nec tanquam inter infestos, jus prohibitæ donationis tractandum esse, sed ut inter conjunctos, maximo affectu, & solam inopiam ex nimia donatione timentes*, *l. si id quod* 28. §. *si quas* 2. *ff. h. t.* Unde, si vir uxoris, aut uxor viri servis aut vestimentis usus vel usa fuerit, vel in ædibus ejus gratis habitaverit, vel maritus vectigal aut vecturam, quæ in itinere præstari solet, pro uxore solverit, aut in puerorum ex ancillis dotalibus natorum doctrinam vel alimenta quid impenderit, aut annuum vel menstruum uxori donaverit, & non immodicum, sed modicum tantum ex eo penes uxorem supersit (diversum in uxore annum marito donante, *l. si stipulata* 33. §. 1. 2. *ff. h. t.*) magis placuit, nullam habendam eorum rationem, *l. ex annuo* 15. *l. si vir uxoris* 18. *l. si quis pro* 21. *pr.* & §. 1. *l. si id quod* 28. §. 1. 2. *l. sed si vir* 31. §. *si uxor* 1. & §. *si vir uxori* 8. *l. mortis suæ* 53. §. 1. *ff. h. t. l. mutus* 73. §. 1. *ff. de jure dot.* Eoque etiam a Groenewegio *ad d. l.* 31. §. 1. & 8. *ff. h. t.* & Wassenario *practic. judic. cap.* 11. *n.* 103. *in fine* relata vestimenta, jocalia, & alia ornamenta, a viro uxori donata, quo illa honestius sese cultiusque exhiberet; quatenus immoderata non sunt, & mariti conditionem non excedunt. Quo casu, si forte mariti heredes talia donata negent, judicatum in Hollandia fuit, mulieri, per unum testem probanti, suppletorium jusjurandum deferendum esse, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 19. *in med.* sola namque assertio donatariæ probationem haud faceret, licet jurejurando firmata. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 52. *circa fin.* Adde Chassenæum *ad consuetud. Burgund. rebr.* 4. §. 7. ad verba, *proximiorum parentum*, *n.* 16. & *seqq.*

12. Sed & secundo toties inter conjuges subsistit, quoties inde vel donans non fit pauperior, vel donatarius ditior, *l. si sponsus* 6. §. *concessa* 8. & §. *cum igitur* 16. *ff. h. t.* Ditior non fit donatarius, & ob id donatio firma est, si solius accipientis conjugis ministerio conjux donans usus sit; veluti, si marito suo uxor donet bona fide, ut donatum post mortem mariti ad filium communem perveniat, vel filiæ communi in dotem detur, *l. sive uxor* 34. *l. Sulpicius* 49. *ff. h. t.* vel conjux conjugi servum donet, ut manumittatur; dummodo manumissio re ipsa secuta fuerit eo modo ac tempore, quod præscriptum est, *l. quod autem* 7. §. *pen.* & *ult. l.* 8. *l.* 9. *ff. h. t.* vel si quis uxori suæ det eum in finem, ut datum in sportulas pro

cognato ejus erogetur, aut ut Deo offeratur, ædesve sacra inde exstructa consecretur, aut opus pudicum inde fiat, vel si locus ad sepulturam detur; si modo dedicatio & similia secuta, aut mortuus illatus sit: non enim videtur locupletior fieri in ea re, quam religioni dicavit, vel non in suum, sed tertii expendit usum. Nec movere quemquam debet, quod donatarius emeret aut de suo erogaret, nisi a conjuge accepisset: nam etsi pauperior fieret, si non a conjuge accepisset, ac mutuam forte pecuniam fuisset sumturus, ut superiores in usus erogaret; non tamen ideò fit locupletior, quod non expendit, *l. si sponsa* 5. §. *concessa* 8. 9. 10. 11. 12. *pen. ff. h. t.* Nec perperam huc quoque retuleris, si in unguenta aut obsonia, aut cibaria familiæ vel jumentorum, quæ in usu communi erant, vir uxori dederit, *l. quod autem* 7. §. *si maritus* 1. *l. sed si vir* 31. §. *si vir uxori* 8. 9. 10. *ff. h. t.* vel in id, ut uxor in exilium aut in insulam relegato parenti suo præstet alimonia, aut egentem fratrem sororemve sustineat, *l. manus* 73. 1. *ff. de jure dot.* Denique &, si uxor in maritum quid conferat, unde ille dignitatem sibi aut honorem adipiscatur, aut ludorum gratia, *l. quod adipiscenda* 40. *l.* 41. 42. *ff. h. t. l. si propriis* 21. *C. h. t.* cum nec inde locupletior maritus intelligatur, *d. l.* 21. Quod si moribus Hollandiæ convenire censet Groenewegen, quoties pacto dotali exclusa est inter conjuges bonorum & acquæstuum communio, atque jus civile reductum, *ad l.* 40. *& seqq. ff. h. t.* licet de moribus Ultrajectinis contrarium asserat Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 4. *n.* 16. Wassenaar *pract. judic. cap.* 11. *n.* 78.

13. Ex adverso donans pauperior non fit, adeoque donatio rata est, si conjux conjugi decem dederit, ac inde donatarius rem comparaverit quindecim valentem; in quantum sola decem revocanda sunt, dum non ultra donans pauperior est redditus, *l. si id quod* 28. §. *si ex decem* 3. *ff. h. t.* Ut & si solum remiserit pignoris vinculum, principali manente debito, *l. etiam constante* 11. *l. jubemus* 21. *C. ad Senatusc. Vellejan. l. & si pignus* 18. *ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.* arg. *l.* 1. § 1. *ff. quib. mod. pign. vel hyp. solvitur.* Confer omnino Brunnemannum *ad d. l.* 11. & *l.* 21. *C. ad Senatusc. Vellejan.* Petrum Barbosam *ad l.* 1. *ff. soluto matrim. part.* 3. *n.* 67. *& seqq.* vel debitum aut fideicommissum ex die præstandum maturius solverit *l. sed si vir* 31. §. *quod vir* 6. *ff. h. t.* arg. *l. patrem* 19. *ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.* excepta præmatura dotis restitutione, quippe quæ si constante fieret matrimonio sine causa, stare non posset, *l. unic. C. si dos constante matr. soluta sit.* Adhæc si conjux conjugi rem alienam donet; quippe cujus dominium vel statim donatarius nanciscitur, ubi veri domini consensus adest, vel usucapiendi facultatem, si deficiat voluntas ejus, *l. sed & si* 25. *l. servus communis* 38. *pr. &* §. 1. *ff. h. t.* Sed &, si rogatus *præcepta certa quantitate*, vel etiam simpliciter, uxori suæ hereditatem restituere, aut rem certam vel quantitatem ex causa legati præstare, sine ulla præceptione aut Falcidiæ vel Trebellianicæ detractione fecerit restitutionem, magis pleniore officio fidei præstandæ functus videtur, quam donasse, nec de suo, sed magis de alieno profectum restituisse, fidum defuncti precibus ac voluntati obsequium præbens, *d. l. si sponsus* 5. §. *quis rogatus* 15. *ff. h. t.* junct. *l. qui totam* 45. *ff. ad Senatusconsultum Trebellianum l.* 1. *C. ad leg. Falcid. l. debitorem* 20. *ff. quæ in fraud. cred. facta sunt ut restit.* Similiter, si maritus legatum aut fideicommissum aut hereditatem sibi jam relictam atque delatam repudiaverit, cum substitutionis intestatæ successionis aut caducitatis jure legatum illud eave hereditas ad uxorem esset perventura, in prohibitam ea res haud incidit donationem; eo quod ita repudians non dat quicquam, sed tantum non acquirit, pauperior vero non fit, qui non acquirit, sed qui de matrimonio suo diminuit atque deponit, *l. si sponsus* 5. §. *maritus* 13. *&* 11. *ff. h. t.* arg. *l. profectitia* 5. §. *si pater repudiaverit* 5. *ff. de jur. dot. l. quod autem* 6. *pr. &* §§. *seqq. ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.* Confer Groenewegen *ad d. l.* 6. *ff. quæ in fraud. credit.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 13. *def.* 3. Jac. Coren *consil.* 26. *vers. nec obstat*, Rodenburch, *de jure conjugum tit.* 2. *c.* 5. *n.* 30. Nec obstat *l. si nuptura* 14. §. *ult. ff. de fundo dotali.* Cum illic mulier non dicatur *donationis causa* repudiasse, uti quidem in *d. l.* 5. §. 13. *ff. h. t.* sed magis videri possit repudiasse ad id, ut maritus dotis jure atque titulo relicta haberet. Et eadem ratione longe magis descendit, quod marito liceat rogare legaturum sibi, aut hereditatis nomine relicturum, ut uxori suæ leget, *l. sed si vir* 31. §. *quod legaturus* 7. *ff. h. t.* Licet nequeat legatum aut hereditatem sibi jam agnitione vel aditione quæsitam uxori cedere, nec rogare donaturum sibi, ut uxori donet, sive inter vivos, sive mortis causa, eo quod perinde id habendum, ac si maritus rem acceptam, & suam effectam, uxori dedisset, atque ita per & propter donationem suis desiisset in bonis habere, *l. hac ratio* 3. §. *ult. l.* 4. *l. si, quod mihi* 56. *ff. h. t.* junct. *l. donationes* 31. §. *species* 1. *ff. de donation.* Ut proinde ficta traditio, qua rei donatæ dominium marito jam quæsitum videbatur, dum donatio traditione perficienda erat, in causa sit, quod pauperior conjux alter, alter ditior effectus intelligitur: unde & reconvalescente mortis causa donatore, conditio ad repetenda donata non contra uxorem, sed contra maritum, tanquam donatarium, danda fuit, *d. l.* 4. *l.* 56. *ff. h. t.* arg. *l. ut mihi* 21. §. 1. *ff. de donationibus.* Ultrajecti tamen, ubi rigidius gratificationi inter conjuges interdictum est, non subsistere repudiationem hereditatis aut legati jam delati, defendit Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *c.* 4. *n.* 30. Ac ex eodem fundamento inutile illic habendum esse, si conjux stante matrimonio renunciet communioni acquæstuum, tradit D. Someren *de jure novercar. c.* 9. *n.* 2. Rodenburch *d. c.* 4. *n.* 20. In Hollandia forte ista renunciatio medietatis acquæstuum hactenus sustineri posset, ut morte firmetur, non ut irrevocabilis sit; cum secundum tradita *in tit. de pactis dotalibus n.* 62. possit conjux unus, etiam altero ignorante, redire ad ea, quæ pactis dotalibus cauta sunt; & in omnem eventum renunciationis istius pœnitentia ex propria natura donationis inter virum & uxorem permissa sit. Neostadius *de pactis antenuptial. observ.* 4. *in notis*, versu, *et licet mulier*, licet varie hic ab aliis responsum fuerit in Respons. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 166. *et par.* 2. *consil.* 177.

14. Porro jure singulari placuit, donationem inter Principem & Augustam protinus firmam esse; quasi imperiales contractus legis vicem obtineant, minimeque quadam extrinsecus egeant opitulatione, *l. pen. h. t. l. bene a Zenone* 3. *in fine C. de quadriennii præscript.*

Favor quoque publici aspectus effecit, ut recte conjux conjugi donare potuerit in refectionem ædium exustarum (non item de novo exstruendarum) licet ita donans pauperior & donatarius locupletior fiat, *l. sed si mors* 13. §. *ult. l.* 14. *l. de eo, quod* 63. *ff. h. t.* Neque etiam vetitum uxori fuit, eo tempore, quo in matrimonium conveniebat, stipulari a viro certam pœnam, si ille concubinæ consuetudinem matrimonii tempore repetisset; atque etiam existente conditione pœnam exigere, *l. ex ea parte* 121. §. *mulier* 1. *ff. de verbor. oblig.* Nec prætereundum, ex iis causis, ex quibus inter virum & uxorem concessæ sunt donationes, ex iisdem & inter socerum ac generum nurumve permissas esse, *l. si eum* 26. §. 1. *ff. h. t.*

15. De cætero hæc donationis prohibitio ad sponsos sponsasque nequaquam extendenda est, *l. si sponsus* 5. *in pr. ff. h. t.* licet minor annis duodecim, cum sponsalia præcessissent, cœperit in domo mariti nuptæ loco esse ante ætatem; cum eo casu sponsalia durent, *l. cum hic status* 32. §. *pen ff. h. t.* junct. *l. cum quæsitum* 9. *ff. de sponsalib.* Quod & moribus obtinet, si modo nihil in fraudem dotalium pactorum publicorum ea ratione excogitetur, Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 4. *n.* 10. Adde *tit. de pactis dotal. num.* 6. *et seqq.* Quod si in ambiguum veniat, utrum a sponso an a marito donatum sit, jure quidem civili placuit, ita distinguendum esse, ut, si in sponsæ domo donum acceptum esset, ante nuptias videretur facta esse donatio; sin in sponsi ædibus, jam uxori facta crederetur, *l. cum in te* 6. *C. de donat. ante nupt.* Adde *tit. de ritu nupt. num.* 2. At moribus Hollandiæ inter sponsum sponsamque donatio censenda est, quæ ante contractum in facie ecclesiæ, aut coram magistratu matrimonium intercessit; inter virum vero & uxorem, si post, licet concubitus necdum intercesserit; Groenewegen *ad d. l.* 6. *C. de donation. ante nupt.* Quod & Ultrajectino jure obtinere tradit Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *c.* 4. *n.* 10. licet alioquin ibi ad producendos nuptiarum effectus concubitu opus sit, ut dictum *tit. de ritu nupt. n.* 63. Quod si donatio ante nuptias quidem interposita, sed vis & effectus ejus in tempus matrimonii collatus sit, magis est, ut liberalitati prohibitæ debeat censeri, *l. si sponsus* 5. *in pr. l. cum hic status* 32. §. *si sponsus sponsæ* 22. *ff. h. t. l. quod sponsæ* 4. *C. de donat. ante nuptias.* Non etiam irrita donatio, quæ post verum atque legitimum divortium a quondam conjuge in conjugem exercita est, si modo nec hic fraus facta & donationi color quæsitus sit, *l. si non secundum* 35. *l. vir mulieri* 64. *ff. h. t.* Unde & si sola thori & mensæ separatio intercesserit, ac de cætero vinculum matrimonii etiamnum duret, inutilem esse velut inter conjuges donationem, docet Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *c.* 4. *n.* 12. Quin & secundum strictam argumentandi rationem inter conjuges putativos, id est, tales, inter quos ob aliquod interveniens impedimentum ex moribus legibusque matrimonium non constat, donatio videri posset subsistere, quia nuptiæ non sunt; veluti, cum Senatoris filia liberto nupsit, vel Præses aliusve similis provincialem vel tutor pupillam duxit; puella minor annis duodecim sine præviis sponsalibus loco nuptæ esse cœpit, in quam sententiam etiam a Labeone responsum est in *l. quod viri* 65. *ff. h. t.* (nisi Labeonem ad illum restringas casum, quo sponsalia præcesserant, & etiamnum durabant, convenienter *leg. cum hic status* 32. §. *pen. ff. h. t.* & *l. quæsitum* 9. *ff. de sponsal.* præsertim cum in ipsa *l.* 32. §. *pen. ff. h. t.* Labeonis sententia plenius enarretur ac probetur). Sed fas non est, auctore Ulpiano, eas donationes ratas esse, ne melior sit conditio eorum, qui deliquerunt, *l. hac ratio* 3. §. *videamus* 1. *l. cum hic status* 32. §. *pen. ff. h. t.* Imo si Senator libertinam desponsaverit, vel tutor pupillam, vel quis alius ex his, qui matrimonium copulare prohibentur, ac duxerit, placuit, id quod talibus donatum est, quasi indignis ablatum, fisco vindicari *d. l. cum hic status* 32. §. *ult. ff. h. t. l. Claudius* 13. *ff. de his quæ ut indignis*, si modo pupilla ducta ac donans, impedimenti conscia fuerit: nam si delicto caret, a tutore circumventa, utiles ipsa actiones habet ad donata revocanda, *l. si ex voluntate* 7. *C. h. t.* sicut vice versa, id quod ipsi donatum est a tutore, qui eam duxerat contra Senatusconsultum, ex eadem ratione non videtur ei auferendum, arg. *l. ult. ff. de legatis* 1. Denique ad concubinas non pertinere donationis prohibitionem, colligi potest ex *d. l. hac ratio* 3. §. *videamus* 1. *in fine ff. h. t. l. donationes* 31. *in pr. ff. de donation.* Eo excepto, quod militibus istius liberalitatis in concubinas exercitium ab Imperatoribus interdictum fuit: quippe quos noluerunt fictis focariarum adulationibus spoliari, *l. si ancillam* 2. *C. h. t.* arg. *l. mulierem* 14. *ff. de his quæ ut indignis.* Licet & jure novo in ipsis paganis licentia conferendi liberalitatem in concubinas coarctata fuerit; dum extantibus aliis liberis legitimis nil præter semiunciam concubinæ, aut, si illa liberos naturales habeat, nil præter unciam ipsi liberisque simul donari potuit, *novell.* 89. *c. discretis* 12. §. *ne igitur* 2. Moribus quoque hodiernis id, quod concubinæ donatum ab eo, qui eam aluit, eidem, tanquam indignæ, adimi posse, tradit post alios Groenewegen *ad l.* 2. *C. de naturalibus liberis*, quod tamen ab aliis in dubium vocatur, & latius excutiendum erit in *tit. de his quæ ut indignis*, & *tit. de hered. inst.*

16. Quod si uxor res quasdam habet, & in controversiam veniat, unde ad mulierem illæ pervenerint, Quintus Mucius censuit, & verius & honestius esse, si existimetur a viro, aut qui in ejus potestate est, id omne profectum esse, de quo non demonstratur unde uxor habeat; & hoc ita evitandi turpis quæstus gratia circa uxorem a Mucio probatum esse, Pomponius refert, *l. Quintus Mucius* 51. *ff. h. t. l. etiamsi* 6. *C. h. t.* respiciens procul dubio illud Plauti *in Casina actu* 2. *scena* 2. *post med.*

Nam peculi probam nihil habere addecet
Clam virum, & quæ habet partum, ei haud commodi,
Quin viro aut subtrahat, aut stupro invenerit.

Sed hodie cessant illæ turpis quæstus præsumtiones, dum in dubio bonus quisque creditur, donec contrarium probatum fuerit, arg. *l. merito* 51. *ff. pro socio*, & ob id non amplius necesse est, ut præsumatur a viri liberalitate processisse in uxorem, quod illa tenet, sed potius donatio probanda est, Lamb. Goris *adversar. tract.* 1. *cap.* 1. *num. ult.* præsertim, si uxor publica mercatrix sit, Ant. Faber *Cod. Sabaud. lib.* 4. *t.* 14. *defin.* 41. Groenewegen *ad d. l. Quintus Mucius* 51. *ff. h. t.*

17. Et ut generalius circa hanc donationum inter conjuges materiam exsequar mores hodiernos, tota

Europa donationem inter conjuges improbatam esse, ex Scipione Gentili tradit Lamb. Goris *adversar. tract.* 1. *cap.* 8. *num.* 6. 7. Non tamen eodem ubique modo: in nonnullis enim regionibus ita jus est, ut donatio quidem inter vivos inutilis sit, sed morte donantis ante donatarium confirmetur, si revocata non sit, ex juris Romani præscripto; vel saltem per subsecutum supremum donantis elogium confirmari possit, sive traditione perfecta sit, sive nuda conventione, dum statutum loci testamentariam permittit inter conjuges gratificationem. Et hoc jure Hollandos uti, docet Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 13. Neostadius *de pactis antenuptial. observ.* 4. *in notis*, vers. *& licet mulier*, Groenewegen *ad l.* 1. *C. h. t.* Sim. van Leeuwen *cens. forens. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 1. *& par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 12. *num.* 4. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 121. *& par.* 2. *consil.* 118. Hinc etiam in Hollandia donationes factas inter socerum & generum similesque personas statim valere ac irrevocabiles esse; & si mulier, quæ liberum servavit rerum arbitrium, donet filio mariti sui, qui est in patris sui potestate, eam mortuo tali filio non posse donata revocare, licet pater filio heres sit, tradit Groenewegen *ad l.* 4. *&* 5. *C. h. t.* & *ad l.* 58. §. *ult. ff. h. t.* Contra Ultrajecti ne per mortem quidem donantis ullam firmitatem accipit, ideoque nec ab initio mortis causa donatio inter conjuges ullatenus subsistit; eo quod ex statuto Ultrajectino nec per ultimam voluntatem conjuges sibi invicem rerum suarum proprietatem relinquere possunt, ne bona nimis facile exeant ex familia; sed tantum usumfructum, eumque reciprocum, non item ex uno tantum latere constitutum. *Statut. Ultr. rubr.* 22. *art.* 7. Quod & maxima ex parte Gelris aliisque placuit. Rodenburch *de jure conjugum, tit.* 2. *cap.* 4. *num.* 3. 4. 5. 7. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 12. *num.* 4. Parens Paulus Voet *ad pr. Instit. de donation. n.* 5. Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 1. Et hæc usque adeo vera, ut si quid ultra usumfructum relictum sit, ne subsistat quidem, si vivo legante proximiores ejus, ad quos spes successionis pertinet, suum tali liberalitati interdictæ assensum accommodaverint; cum consensus ille metu exheredationis, vel alia simili ratione extortus videatur, & non a libero arbitrio profectus. Diversum foret, si post mortem conjugis legantis heres ejus sponte agnoverit defuncti judicium, & conjugi superstiti legata præstiterit: eo quod tunc non conjux defunctus, sed heres ipse, talem intelligitur liberalitatem exercuisse, solvendo sciens, quod ex causa legati indebitum est. Confer Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 4. *num.* 24.

18. Hujus vero statuti Ultrajectini aliorumque ei non plane absimilium intuitu varia excuti solent, præter ea, quæ in superioribus occasione juris Romani adnotata sunt; puta, an ususfructus legari possit, si pacto dotali id actum, ut bona soluto matrimonio redeant ad latus unde profecta; vel, ne liceat usumfructum legare? An dato reciproco usufructu, unus alterum legato aut annua præstatione gravare possit? An satis reciprocus sit, si binubus secundæ conjugi leget usumfructum suorum bonorum ad liberos secundi thori perventurorum, aut alter per liberos primi thori impugnetur legatum ususfructus omnium bonorum novercæ relictum, propter dispositionem *l. hac edictali* 6. *C. de secund. nupt.* dum uxor secunda vicissim omnium usumfructum binubo dedit? An satis reciprocus, si uxor Hollandicorum prædiorum plenam proprietatem, maritus Ultrajectinorum solum usumfructum leget? Vel alter conjugum animam, quod ajunt, debens, nihil habeat, in quo conjugi ususfructus, cum effectu acquiratur? An tantum una tabula, an & diversis legatus ususfructus reciprocus ratus sit? An tantum in omnibus bonis, an vero & in certis generis rebus, vel tertia quartave aut alia bonorum parte, constitui queat? An conjugum alter recte usque ad secundas nuptias, alter in omnem vitam, usumfructum constituat? An reciprocus ususfructus legatus possit conjugis unius voluntate, altero inscio aut invito revocari? An qui ex consensu conjugis usumfructum legatum revocavit, in bonis conjugis consentientis & dein præmorientis usumfructum recte petat? An ob legatum usumfructum reciprocum maritus res suas alienare prohibeatur, aut proximioribus donare? Item, quid juris sit, si non inter ipsos conjuges liberalitas intercesserit, sed socer genero, gener socero, noverca privigno, privignus novercæ, maritus uxoris sorori, fratri, patruo, consobrino, similibusque personis donet, quæ in fraudem prohibitæ gratificationis videri possent interpositæ? An & soluto matrimonio superstes conjux socero, socrui, & aliis enarratis donare, vel ab iis donata accipere possit? An prohibitio gratificationis se extendat ad illos, inter quos thori & mensæ & bonorum separatio facta est? An ad milites? An ad bona feudalia? An conjux conjugi legatum dare possit inter pauperes distribuendum? An conjux alienare Ultrajectina immobilia, & Hollandica comparare, ut ex comparatis Hollandicis liberalitatem in conjugem exerceat? An prohibere, ne heredes sine conjugis superstitis consensu bona alienent? Quæ omnia, aliaque his affinia videri possunt ex professo tractata a diœcesios Ultrajectinæ scriptoribus Christiano Rodenburgio *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 4. Abr. a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 2. 3. 4. & ex parte a Wassenario *practic. judic. cap.* 11. *num.* 85. *& seqq.* Simone van Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *t.* 12. *num.* 4. *&* 7. & in Responsis Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 202. *& par.* 5. *consil.* 125. Sciendum tamen, hæc de prohibita inter conjuges Ultrajectinos gratificatione, magna ex parte ab Ordinibus Ultrajectinis immutata fuisse, postquam hæc jam typis impressa fuerant; ut monui in titulo, tunc nondum impresso, *de heredib. instituend. n.* 7.

19. Statutum hoc donationis inter conjuges prohibitorium realibus statutis accensendum esse, ab Ordinibus Ultrajectinis aperte definitum, *novella decis. Ultraject. anni* 1659. *art.* 1. Quod & sana nititur ratione, dum eo nihil de habilitate aut qualitate personæ definitum, sed de rebus principaliter dispositum est, ne illæ conjugi donentur a conjuge, cujuscunque conditionis, ætatis, aut qualitatis conjux sit. Adde *tit. de constitution. Princ.* parte altera, *de statutis num.* 3. Cui consequens est, ut conjuges Ultrajectini nulla sibi invicem mobilia legare possint, nec immobilia in solo Ultrajectino sita, nisi usufructu tenus; at omnino pleno dominii jure prædia Hollandica: & contra conjuges Hollandici sibi invicem

plenam mobilium omnium, ut & immobilium Hollandicorum proprietatem, Ultrajectinorum vero prædiorum usumfructum solum, elogio supremo recte largiantur; dum mobilia ex lege domicilii dominici, immobilia ex lege situs regi, vulgo notum est. Parens p. mem. Paulus Voet *de statutis sect. 4. cap. 2. num. 5. in fine, & cap. 3. num. 2.* Wesel *ad novellas constit. Ultraject. ad d. art. 1. num. 10. & seqq. & num. 19.*

TITULUS II.

De Divortiis et Repudiis.

SUMMARIA.

1. *Quid sit divortium, quid repudium? Quibus fiat modis, qua forma ac solemnitate? Quid, si post missum absenti libellum repudii mittentem pœniteat, & tamen libellus tradatur? Quid, si non fuerit absenti traditus, sed ad domum ejus delatus?*
2. *Nimia divortiorum licentia ex conjugum consensu Romanis tolerata magis fuit, tanquam malum necessarium, quam probata; restricta per Justinianum ad eam, quæ fit castitatis intuitu, per Justinum secundum rursus promiscue tolerata.*
3. *Quæ jure civili medio ac novissimo fuerint justæ causæ, propter quas invito vel invita conjugi repudium mitti potuerit? Quæ fuerint pœnæ divertentium sine justa causa?*
4. *Jure civili liberi in potestate non nisi ex consensu patris poterant matrimonium dirimere, nec parens nuptias filii aut filiæ familias, ipsis invitis. Quid, si liberi aut parentes de facto id egerint? Potuit pater dirimere sponsalia sua filiafamilias. Hodie nec nuptias nec sponsalia liberorum pater dirimit, nisi justissima de causa. An pater cogere possit filiam, ut divertat a marito adultero?*
5. *Moribus nostris tantum ob adulterium & malitiosam desertionem matrimonium ipsum dissolvitur. Quid, si uxor vim passa sit? Quid si insons nocenti crimen dimiserit? Quid si sciens crimen debitum conjugale præstiterit? An, & quando maritus, uxorem adulteram retinens, lenocinii reus sit?*
6. *Si & vir & uxor adulterium commiserint, an alteruter separationem petere possit, & quo usque par crimen mutua pensatione tollatur? An ut, cui a conjuge crimen adulterii remissum est, vicissim cogi possit ut remissionem criminis faciat, ubi remittens ipse postea in crimen adulterii inciderit?*
7. *An uxor excusetur, si sævitie mariti, vel ex inopia, vel ob denegatum a marito contumaciter debitum conjugale, se in adulterium prolapsam dicat? An uxor ob denegatum contumaciter debitum conjugale petere possit matrimonii dissolutionem?*
8. *Auctoritate judicis, non privata, nuptiæ ob adulterium dirimendæ sunt. Quo modo id petatur? An insonti permittendum sit alias nuptias contrahere? An & quando ipsi nocenti? An si nocens pœnitentia ducatur, insons cogi possit ut nocentem recipiat?*
9. *De malitiosa desertione, & nuptiis ob eam auctoritate publica dissolvendis. An insonti ac nocenti aliæ nuptiæ permittendæ sint? Quibus pœnis damni afficiatur ex moribus malitiose deserens?*
10. *Si desertus aut deserta sine prævio desertionis judicio alias nuptias contrahat, illarum dissolutionem deserens recte petit. Quid si sponte cedere velit? Si desertus post finitum desertionis judicium alias nuptias contraxerit, an deserens possit petere e pœnitentia earum dissolutionem?*
11. *Si non intervenerit desertionis judicium, an desertus deserentem ac pœnitentem post longum tempus recipere teneatur?*
12. *An mulieri ob diuturnam mariti expeditionem, & incertitudinem an vivat, aliæ nuptiæ permittendæ sint? Quid si maritus, qui credebatur mortuus redeat, & uxorem inveniat alteri nuptam?*
13. *An malitiosa sit desertio, si maritus ob crimen profugus sit, aut relegatus, aut ob metum persecutionis alio migret? An si uxor talem maritum sequi nolit, ipse adversus eam desertionis judicium movere possit?*
14. *Si nuptiæ ob adulterium aut desertionem solutæ sint, non privatim, sed solemniter redintegrari possunt, alioquin nec nuptiæ sunt, nec legitimi liberi inde nati. Redintegratione facta, reviviscunt in dubio pacta dotalia, pœnæ cessant.*
15. *Nuptiæ retro nullæ declarantur, invito etiam viro ac muliere, si incestæ sint, vel sine parentum consensu initæ, cum is esset necessitatis absolutæ. An & ob impotentiam nuptias antecedentem? & quamdiu illa debeat esse continuata? Quibus probetur modis, & quo modo agi debeat? An &, si quis vitiatam aut ab alio gravidam pro virgine aut vidua ignorans duxerit?*
16. *An ob supervenientem impotentiam, furorem, morbum contagiosum, sævitiam nimiam unius conjugis, nuptiarum dissolutio peti possit. An non saltem thori & mensæ separatio ob furorem aut sævitiam impetrari?*
17. *Quis sit effectus separationis thori & mensæ. An per eam perimatur communio bonorum aut acquæstuum, quæ ante fuit. An mulier tunc adhuc ex contractu viri obligetur. Et bona ejus excuti pro tali debito possint. An se aut virum sine viri auctoritate mulier tunc possit obligare.*
18. *Si mulier sine publica auctoritate a viro recedens seorsim habitet, an fiat lucrorum particeps, & an viro extra domum ejus alenda sit. An maritus alere teneatur uxorem, si publica auctoritate separatio thori facta sit?*
19. *Non cessant effectus nuptiarum, si conjuges communi consensu, sed privata auctoritate, seorsim habitent. Et quid, si aliud pacti sint?*
20. De judicio de moribus sublato.

1. DIvortium est separatio conjugum, animo non redintegrandi conjugii, seu animo constituendi perpetuam dissensionem: ita dictum a diversitate mentium, vel quia in diversas partes abeunt, qui distrahunt matrimonium. Si enim inconsulto calore atque præcipitantia, cujus plerumque pœnitentia comes est, repudium missum sit, ac brevi uxor revertatur, divertisse non videtur; eo quod, quicquid calore iracundiæ vel fit vel dicitur, non prius ratum

est, quam si perseverantia apparuit judicium animi fuisse, *l. divortium* 2. *l.* 3. *ff. h. t. l. quicquid* 48. *ff. de reg. juris.* Unde & tunc jurgium magis ac fribusculum vel frigusculum, quam divortium appellabatur, *l. quod si non* 31. *ff. de jure dot. l. cum hic status* 32. §. *quod si divortium* 12 *ff. de donat. inter vir. & uxor l. si liberis* 27. *ff. de pactis dotal.* Repudium autem latius patet quam divortium, cum & ad sponsas extendatur, quæ tamen divertisse dici nequeunt, *l. inter divortium* 191. *ff. de verb. signif.* nisi in schemate matrimonii constiterint, dum ante ætatem ductæ sunt, *l. quod Cervius* 8. *ff. de condict. caus. data.* Et olim quidem, uti variis modis, præcipue farre seu confarreatione, coemtione, & usu, nuptiæ contrahebantur, secundum ea, quæ in *tit. de ritu nupt. n.* 1. notata sunt, ita quoque tribus potissimum modis eas dissolutas fuisse, puta, diffarreatione, remancipatione, & usurpatione, pluribus exsequitur Rævardus *ad leg.* 12. *tabul. cap.* 2. *in fine.* Sed postea vel inter absentes fiebat divortium per libellum, vel inter præsentes, adhibitis utrobique ad minimum septem testibus puberibus civibus Romanis, præter libertum ejus, qui divortium facit, ac interveniente hac aut simili formula, *res suas tibi agito, res tuas tibi habeto:* uti in repudio intercedebat illa, *conditione tua non utor, l.* 2. §. 1. *& seqq. l. si pœnituit* 7. *l. nullum* 9. *ff. h. t.* Quod si eum, qui libellum repudii dederat absenti deferendum, pœnituisset, & tamen libellus per ignorantiam mutatæ voluntatis fuisset delatus, durabat matrimonium, nisi pœnitentia cognita, is, qui acceperat, ipse voluerit matrimonium dissolvere; quo casu non per eum, qui dederat, sed qui acceperat, matrimonium credebatur dissolutum esse, *d. l. si pœnituit* 7. *ff. h. t.* Ex adverso dissolutum censebatur matrimonium per id, quod libellus repudii missus erat, licet re ipsa conjugi alteri neque traditus neque visus fuisset, dum sufficiebat ad domum ejus eum delatum esse, *l. licet* 6. *C. h. t.* junct. arg. *l.* 1. §. 1. *ff. de agnosc. & clend. liberis, l. dies* 4. §. *prætor* 5. *ff. de damno infecto,* quæ & ratio est, quod furiosa repudiari potuerit, *l. Julianus* 4. *ff. h. t.* Brunnemannus *ad d. l.* 6. *C. h. t.*

2. Etsi vero ingens apud Romanos posteriores divortiorum licentia fuerit, tamen hanc toleratam magis velut malum necessarium, quam probatam fuisse, tum ex eo evincitur, quod Romuli lege mulieri maritum relinquendi potestas adempta fuit, viro autem ejicere uxorem ex paucis tantum causis concessum; si scilicet veneficio circa prolem usa fuisset, aut alienam pro sua subdisset, aut adulterium commisisset. Plutarchus *in Romulo.* Carolus Sigonius *de antiquo jure civium Romanor. lib.* 1. *cap.* 9. *fere circa finem,* tum & inde apparet, quod nominatim cautum fuerit, matrimonium Flaminis Dialis non nisi morte dissolvendum esse, quasi ab eo, tanquam summi Jovis sacerdote, exactior vitæ ratio ac sanctitas observanda fuerit; adeoque minus in eo tolerari debuerit, quidquid a recti tramite videbatur deflectere, quam quidem in aliis, quibus ea virtutis ac integritatis gloria non ita peculiariter commendata erat. Gellius *Noct. Attic. lib.* 10. *cap.* 15. Atque hinc etiam inter probrosas conditiones numerata fuit illa, qua mater filiam instituerat, si a viro divertisset, ex insigni rescripto imperatorio in *l.* 5. *C. de instit. & substit. Reprehendenda,* inquiunt, *tu magis es, quam mater tua; illam enim si heredem te sibi esse vellet, id quod est inutile,* matrimonium te dirimere cum viro *non juberet: tu porro voluntatem ejus divortio comprobasti. Oportebat autem, etsi conditio hujusmodi admitteretur, præferre lucro concordiam maritalem. Enimvero, cum boni mores hac observari vetent, sine nullo damno conjunctionem retinere potuisse. Redi igitur ad maritum, sciens, hereditatem matris, etiamsi redieris, retenturam; quippe quam retineres, licet prorsus ab eo non recessisses.* Et e converso illam, quæ mariti conjugium, quod fuerat sortita, distrahere noluerat, cum id pater desideraret, pietatis religionem non violasse, ac, si propterea pater offensus atque iratus ad exheredationis notam prolapsus esset, inofficiosi testamenti querelam ei non oportere auferri rescriptum est *l. cum te* 18. *C. de inoff. testam.* Interim vicit corruptela rationem, & dividuam prope effecit vitæ consuetudinem, quæ secundum nuptiarum descriptionem individuo debebat omnis vitæ consortio consistere; donec tandem Justinianus, inveteratum hocce malum pellere annitens, constituit, non nisi castitatis intuitu posse ex communi conjugum consensu nuptias dirimi, dum alter conjux vitam monasticam eligit: quo casu dos aut propter nuptias donatio ejus, qui monasterium ingreditur, liberis, si qui sint, cedere debuit; iis vero deficientibus conjux in seculo manens non modo dotem, quam dederat, aut propter nuptias donationem recipiebat; sed & præterea eam lucrabatur dotis aut donationis a conjuge collatæ partem, quæ pacto dotali expressa erat; gravibus de cætero pœnis in eos decretis, qui aut alias nuptias appetere, aut luxuriose vivere contra vitæ monasticæ votum sustinuissent, *l. si constante* 9. *auth. quod hodie C. h. t. nov.* 117. *cap. quia vero ex* 10. junct. *l. Deo nobis* 56. *C. de episc. & clericis nov.* 22. *cap. secundum* 5. Verum docuit tandem experientia, non facile antiquos mutari mores, ac pelli difficulter quæ diu placuerunt, utcunque ratione destituta. Etenim supplicantium multitudine prope obrutus Justinus secundus, Justiniani ex filia nepos & ab ipso adhuc vivo in imperii collegam assumtus, collaudato Justiniani in castitatem studio, quasi nolente animo reduxit iterum libertatem mutuo consensu matrimonia promiscue dirimendi, repudii libello in id adhibito. Quæ Justini constitutio inter Justiniani novellas relata est, facitque *nov.* 140.

3. Invito quoque altero conjugum, ex unius voluntate nuptiæ olim plurimas ob causas impune dissolvi potuerunt, recensitas aperte in *l. vitricus* 60. §. 1. & *l.* 61. 62. *ff. de donation. inter vir. & uxor.* præcipue in *l. consensu* 8. *C. h. t. nov.* 22. *cap. ceteræ vero* 15. & magna ex parte, omissis tamen quibusdam levioribus, a Justiniano comprobatas *in nov.* 117. *c. quia vero plurimas* 8. & 9. quales in uxore sunt, si perduellionis conscia eam non detexerit; si adulterium commiserit; si vitæ viri insidiata sit, aut non detexerit insidias viro ab aliis struċtas; si cum viris extraneis nolente marito convivata fuerit, aut laverit in balneis; si nolente viro foris domum manserit, nisi forte apud parentes, aut nisi per ipsum virum domo pulsa ex necessitate debuerit foris pernoctare, si circensibus aut theatris aut amphitheatris interfuerit ad spectaculum, ignorante aut prohibente viro, *d. cap.* 8. In viro, si perduellis, aut conscius perduellionis eandem non manifestaverit; si vitæ u-

xoris insidiatus, aut structas ei ab aliis insidias non indicaverit ac ultus sit; si uxorem aliis adulterandam tradere tentaverit, si uxorem adulterii accusaverit & non probaverit; si contemnens uxorem cum aliis mulieribus in propria vel aliena domo frequenter permaneat, nec ab iis abstineat, semel iterumque culpatus ab uxore, vel parentibus ejus, vel extraneis fide dignis, *d. cap.* 9. Confer Rittershusium *ad nov. par.* 4. *cap.* 8. *n.* 5. 6. 7. 8. 9. Quibus in casibus, quia justa causa divortii suberat, etiam divortium bona gratia fieri dicebatur, utcunque altero invito, in quantum fiebat sine metu pœnæ ac ex legis permissione, *nov.* 22. *cap. distrahunt* 4. *in fine*. Nam si vel vir vel uxor sine justa causa divertisset, variæ pœnæ nocenti imponebantur, propositæ in *l. cons.* 8. §. *hac nisi vir* 4. *l. jubemus* 11. §. 1. *C. h. t. nov.* 117. *cap. quia vero quædam* 13. *novell.* 127. *cap.* 4. *novell.* 134. *cap. quia vero aliqui* 11. Rittershusius *ad novellas par.* 4. *cap.* 8. *num.* 11. & *seqq.* præcipue *num.* 14.

4. Ut autem divortia recte fierent ex jure Romano, si quidem conjux divortium cupiens in patria esset potestate positus vel posita, voluntas utriusque debebat concurrere, adeoque solus filiusfam. aut filiafam. non potuit sine patris assensu nuncium mittere, si nulla justa subesset causa, &, si id fecisset, sibi quidem præjudicabat, pœnas quippe nuncii sine causa missi subiturus aut subitura: sed patri, ad quem donatio propter nuptias aut dos reverti debebat, nullam inde generabatur præjudicium, nec dos illa in pœnam cedebat ei, cui nuncium sine causa missum erat, sed ad patrem revertebatur, eo quod subinde liberi simulabant fingebantque divortia, ut jure repetendæ dotis profectitiæ suos ingrata mente privarent parentes, *novell.* 22. *cap. est quoque* 19. Quod & ad liberos emancipatos ratione dotis profectitiæ extensum fuit, *d. nov.* 22. *cap.* 19. Vice versa quoque non poterat pater solus invito filiof. vel filiaf. repudium mittere genero vel nurui; cum Ulpianus auctor sit, certo jure Romanos usos esse, ne bene concordantia matrimonia jure patriæ potestatis turbentur aut dirimantur, *l.* 1. §. *ult. ff. de liberis exhibend. l. cum hic status* 32. §. *si socer* 19. *ff. de donat. inter vir. & uxor. d. novell.* 22. *cap.* 19. ac ab Imperatoribus rescriptum fuerit, dissentientis patris, qui initio consensit matrimonio, cum marito concordante uxore filiafamilias, ratam non haberi voluntatem, nisi magna & justa interveniente causa hoc pater fecerit, *l. dissentientis* 5. *C. h. t.* Si tamen re ipsa invito filio nuncium misisset, etiam tunc nullo modo conjugibus officiebat, sed sibi soli; in quantum perinde subibat effectus juris, ac si re ipsa nuptias sua diremisset voluntate, *d. l.* 32. §. 19. & 20. *ff. de donat. inter vir. et uxor.* Plane sponso filiæ suæ pater invita quoque filia repudium mittere potuit ex patriæ potestatis rigore, *l. in potestate* 10. *ff. de sponsalibus*, atque etiam nomine suæ filiæfamilias alteri jam nuptæ, sed furiosæ & ita dissentire non valentis, nuncium mittere marito ejus, *l. Julianus* 4. *ff. h. t. l. si cum* 22. §. *item pater* 9. *ff. soluto matrim.* Sed cum ex ipso jure Romano filiæ divortium in potestate matris non fuerit, nec filiæ emancipatæ divortium in potestate matris non fuerit, nec filiæ emancipatæ divortium in suo pater habuerit arbitrio, *l. filiæ* 4. *l. dissentientis* 5. *in fine C. h. t.* ac rigidiores patriæ potestatis effectus ab usu recesserint, liberique per nuptias desinant in potestate esse; consequens est, moribus hodiernis neque sponsalia per filiamfamilias rite contracta patris solius voluntate dissolvi, nisi justissimæ causæ antea ignoratæ innotuerint, neque in liberorum divortiis ullas voluntatis arbitriique paterni partes esse, Groenewegen *ad l.* 12. §. 1. *ff. de sponsalibus*. Parens p. mem. Paulus Voet *ad pr. Instit. de nuptiis n.* 4. Brouwer *de jure connubior. libr.* 2. *cap.* 24. *n.* 6. usque adeo, ut ne adultero quidem marito nunc filia ex patris voluntate repudium mittere compellatur, Brouwer *d. tract. lib.* 2. *cap. ult. n.* 14.

5. Ceterum moribus hodiernis duæ tantum justæ divortii causæ ad dirimendum ipsum matrimonii vinculum sufficientes sunt, convenienter juri divino, puta adulterium alterutrius, *Matthæi cap.* 5. *vers.* 33. & *cap.* 29. *vers.* 9. *Lucæ cap.* 16. *vers.* 18. & desertio malitiosa, *epist. Pauli prima ad Corinth. cap.* 7. Primum quod attinet, illa minus dubii habet inter eos, qui reformatam profitentur Religionem, variisque invenitur statutis confirmata, *Edict. polit. Hollandiæ anni* 1580. *art.* 18. *edictum matrimoniale Ultrajectinum anni* 1584. *art.* 28. Groenewegen *ad l.* 8. *C. h. t.* Nisi uxor sine sua voluntate vitiata, seu vim passa sit, *l. fœdissimam* 20. *C. ad leg. Jul. de adulteriis, l. si uxor* 13. §. *si quis plane* 7. *l. vim passam* 39. *ff. eod. tit.* Vel post adulterium perpetratum reconciliatio intercesserit, sive illa consensu aperto conjugis insontis, sive rebus ipsis & factis per concubitum ad adulterii scientiam subsecutum declaretur: cum cuique liceat juri suo renunciare, ac injuriam ei remittere, a quo eam passus est, *l. si uxor* 13. §. *pen. et ult. ff. ad leg. Jul. de adult. auth. sed hodie Cod. eod. tit. ad leg. Jul. de adulter.* Carpzovius *practic. crimin. par.* 2. *quæst.* 55. *num.* 40. *et seqq.* Sande *decis. Frisic. libr.* 2. *t.* 6. *defin.* 2. Wesel *de connub. societate tract.* 2. *cap.* 4. *num.* 47. *et seqq.* Groenewegen *d. loco et ad l.* 2. *et l.* 11. *C. ad leg. Jul. de adulter.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 15. *num.* 7. Quod vero alibi dicuntur mariti crimen lenocinii contrahere, qui deprehensam in adulterio uxorem in matrimonio retinuerunt, *l. crimen* 2. *C. ad leg. Jul. de adulter.* id vel correctum videtur per jus novissimum, seu per *d. auth. sed hodie*, uti post alios vult Brunnemannus ad *d. l.* 2. *C.* vel potius de illis accipiendum maritis, qui scientes prudentesque uxores suas adulteras, non pœnitentes, sed in eo crimine perseverantes, quæstus gratia in matrimonio retinent, ac formam uxorum venalem habent, juxta *l. mercalem* 5. *C. de condict. ob turp. causam l. ex lege* 2. §. *lenocinii* 2. *et* 3. *ff. ad leg. Jul. de adult.* quos & propterea non posse petere matrimonii dissolutionem, verius est: cur enim accuset vel improbet maritus mores, quos ipse aut ante corrupit, aut postea probavit? *l. cum mulier* 47. *ff. soluto matrim.* Brouwer *de jure connub. lib.* 2. *cap. ult. n.* 13. *in pr.* (*).

6. Quod si & vir & uxor adulterium perpetrave

(*) *Divortium quoad vinculum, adulterii causa, magis Evangelio convenire raptim docet auctor ex eo*

rint, in criminali quidem pœnæ persecutione mutui criminis compensatio non est, sed utrique supplicium ex lege imponendum, *l. si uxor* 13. §. *judex* 5. *ff. ad leg. Jul. de adulter.* quantum tamen ad civilem actionem attinet, quo etiam referenda hæc matrimonii separatio, magis est, ut par crimen mutua inter conjuges pensatione tollatur; dum periniquum videtur, virum ab uxore pudicitiam exigere, quam ipse non exhibeat; & æquum ex adverso, ea lege, quam ambo contemserunt, neutrum ab altero vindicari, *cap. intelleximus* 6. *in fine extra, de adulter. et stupro*, arg. *l. viro atque* 39. *ff. soluto matrimon. d. l.* 13. §. 5. *in pr. ff. ad leg. Jul. de adulter.* Brouwer *de jure connub. libr.* 2. *cap. ult. num.* 13. Melchior Kling *de causis matrimonial. de adulterio pag. mihi* 91. 92. Nisi post unius conjugis adulterium reconciliatio intervenerit, ac postea adulterio sese polluat, qui quæve prius conjugi remiserat adulterii offensam: etsi enim suadere videatur humanitatis ratio, ut parem indulgentiam veniamque delicti præstet conjugi, qualem ipse prius expertus est, tamen si exorari se non patiatur, non jure ei ad separationem tendenti objiceretur compensatio adulterii antea commissi, sed & remissi: eo quod remissione semel abolitum crimen resuscitandum non est, arg. *d. l.* 13. §. *pen. et ult. ff. ad leg. Jul. de adulter.* §. *ult. Instit. de injuriis, l. non solum* 11. §. *injuriarum* 1. *ff. de injuriis.* Christinæus *ad Leg. Mechlinienses tit.* 2. *art.* 13. *num.* 11. 12. Berlichius *conclus. pract. part.* 4. *conclus.* 27. *num.* 63.

7. Illud matrimonii dissolutionem ex causa adulterii non impedit, quod mulier obtendit, se sævitia mariti, vitæ insidiis, e domo mariti expulsam, omnium egenam paupertatis tolerandæ gratia adulterium perpetrasse, aut ex contumace atque maligna mariti abstinentia foris quærere coactam, quod domi non inveniebat. Quamvis enim ex hisce probatis malis domesticis infelix merito censenda sit: non tamen propterea in flagitium ruere debuit, ac ad medendum malo tristi remedium atque solatium in turpi malo quærere, atque ita miseriam in scelus convertere; sed potius judicis auxilium adversus sævitiam aliosque malos mariti mores per legitimos tramites implorare, arg. *l. palam* 43. §. *non est* 5. *ff. de ritu nupt. cap. significasti* 4. *et* 5. *extra, de divortiis*, Brouwer *de jure connub. lib.* 2. *cap. ult. n.* 12. atque etiam ipsius vinculi matrimonialis petere dissolutionem, si maritus in voluntaria ac pertinace abstinentia, seu debiti conjugalis denegatione perduret; eo quod hæc malitiosæ desertionis species est; dum parum interest, utrum absens an præsens maritus uxorem redigat ad viduitatem, detrectando contumaciter ea præstare, ad quæ ex conjugii natura ac conditione devinctus est, Avus meus Gisbertus Voetius *politicæ ecclesiast. par.* 1. *lib.* 3. *tract.* 1. *sect.* 3. *cap* 4. *quæst.* 8.

8. Posito autem adulterio, insonti conjugi permissum non est matrimonii vinculum privata dirimere auctoritate, sed actione civili ad nuptiarum dissolutionem contendendum est, ut, probatis probandis, judex ipse sua sententia decernat nexus conjugalis separationem. De cujus praxi videri potest Wassenaar *pract. judic. cap.* 1. *n.* 46. §. 21. *pag.* 31. & *n.* 95. §. 5. Impetratæ porro separationis effectus est apud nos aliosque, qui juris canonici & pontificiæ religionis dictata hac in parte non sequuntur, quod insonti conjugi quidem omnimode licentia conceditur ad alia vota transeundi; nocenti vero non aliter, quam si omnis præclusa sit reconciliationis ac matrimonii redintegrandi spes, dum conjux insons in fata jam concessit, aut alias nuptias amplexus est. De quibus, uti vulgo notis plura dicere supervacuum est. Vide Avum p. mem. Gisbertum Voetium *politicæ ecclesiasticæ par.* 1. *lib.* 3. *tract.* 1. *sect.* 3. *cap.* 3. *quæst.* 1. & *multis seqq.* Brouwer *de jure connubior. lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 8. 9. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 307. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 15. *num.* 7. 8. Groenewegen *ad l.* 9. *C. h. t.* & plures alios ab iis citatos. Plane, si nocens conjux post separationem publice factam sese pœnitentem ac resipiscentem præstet, suaderi quidem insonti potest, ut nocentem recipiat, ac gratiam faciat delicti commissi; sed ad id juris auctoritate cogendus non est; tum quia nemo ex pœnitentia nocens esse desinit, nec resipiscentia reatum excludit aut crimen abolet, *l. palam* 43. §. *non solum* 4. *ff. de ritu nupt. l. qui ea mente* 65. *ff. de furtis, l. non prodest* 5. *ff. de vi bon. rapt.* tum quia jus insonti quæsitum per solam no-

---

quod Matth. cap. XIX. inquit Dominus: Quicunque dimiserit uxorem suam nisi ob fornicationem, et aliam duxerit, mœchatur, *at eo loci caussa fornicationis adscribitur dimittenti non ducenti, ex. g. dimissio a domo, a thoro permittitur causa fornicationis, non solutio vinculi, ac novum conjugium. Patet id* 1. *ex verbis ipsis:* Qui dimiserit nisi ob fornicationem, *non qui duxerit* 2. *ex verbis Marci et Lucæ, qui locis parallelis referunt verba Christi absolute, non adjecta fornicationis caussa:* Quicunque dimiserit uxorem suam, et aliam duxerit, adulterium admittit: *at adjecissent si caussa fornicationis satis esset dimissioni æque ac ductioni;* 3. *absolute quoque Apostulus* 1. *ad Corinth.* 7. præcipio non ego sed Dominus, uxorem a viro non discedere, quod si discesserit, manere innuptam; *et absolutius addit:* Mulier alligata est legi, quanto tempore vir ejus vivit, *non additurus si exceptionem faceret caussa fornicationis. Hinc anathema dixit Concilium Tridentinum iis qui dicunt:* Ecclesiam errare cum docuit ac docet juxta Evangelicam et Apostolicam doctrinam propter adulterium alterius conjugum matrimonii vinculum non posse dissolvi. *Veteres Impp. Leges non moror, quæ potius ut frena fuerunt apposita nimiæ divortium licentiæ, quam ut permissiones legitimæ: leges veluti frena Gentilibus data: quibus abundabat Imperium; Canones vero veluti norma Christianis indissolubile vinculum perfecto matrimonio præscribebant: si quæ Orientalium Ecclesiæ aliud factitarunt, cortice legum Imperialium, et sinistra Evangelii interpetratione deceptæ in id erroris inciderunt. At hodie et jure et nostris moribus divortium hujusmodi illicitum prorsus atque irritum quoad vinculum, datum vero quoad cohabitationem et thorum certis ex caussis, maxime ex adulterio, ex quo et perpetua quoque discessio permissa est.*

oentis pœnitentiam auferri nequit. Quibus vero pœnis aliis tum pecuniariis, tum corporalibus adulteria puniantur, ex *tit. ad leg. Juliam de adulteriis* discendum erit.

9. Altera matrimonii dissolvendi causa est malitiosa desertio: de ea enim si constiterit, adhibito solemni desertionis judicio, citato sæpius deserente, ac per contumaciam ad conjugem & cohabitationem redire detrectante, eodem modo, quo & ob adulterium, matrimonii vinculum ita publica dirimitur auctoritate, ut insonti ad alias nuptias transeundi potestas fiat, nocenti difficilius, ac in omnem eventum non nisi ubi spes omnis conciliationis sublata est, & hoc convenienter doctrinæ D. Pauli 1. *epist. ad Corinth. c.* 7. *Echt reglement van de Staten Generaal* 18. *Martii* 1656. *art.* 91. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2446. Quæ pluribus exsequitur Fredericus Spanhemius *dubiorum evangelicorum par.* 3. *dubio* 143. Avus p. mem. Gisb. Voetius *Politicæ eccles. par.* 1. *lib.* 3. *tract.* 1. *sect.* 3. *cap.* 4. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 15. *n.* 12. 13. 14. 15. Brouwer *de jure connub. lib.* 2. *cap.* 17. *n.* 12. & *cap. ult. num.* 16. & *seqq.* Responsa Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 151. & *par.* 5. *consil.* 46. & *seqq. a p.* 156. *ad p.* 183. Ubi autem sententia judicis conjux alteruter desertor malitiosus pronunciatur, pœna deserentis est, quod omni lucro careat, quod ex vi pacti dotalis aut statuti ex bonis conjugis deserti lucrari possit, atque insuper omnia dona in se ante nuptias vel ipso nuptiarum tempore per insontem collata teneatur restituere, uti & expensarum nuptialium medietatem, usque adeo, ut & horum omnium petitionem conjux insons ad heredes transmittat, si mortalitatis casu ipse hæc exigere præpeditus sit, arg. *l. si adrogator* 22. *ff. de adoption.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *cap.* 15. *n.* 15. (*).

10. Quod si sine prævio solemni desertionis judicio & publica vinculi matrimonialis dissolutione desertus aut deserta per matrimonium alteri sese junxerit, deserens jure secundarum nuptiarum dissolutionem petit, ac conjugis nullo jure alteri juncti junctævæ restitutionem, Leeuwen *cens. for. d. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 15. *num.* 13. *in fine.* Qui tamen si cedere marito secundo velit, quid juris sit, dictum *tit. de ritu nuptiarum num* 99. Diversum esset, si demum post finitum desertionis judicium factamque separationem ad alia insons vota transierit, ac dein deserens, pœnitentia ductus; quodam quasi postliminio restitui desideret: nam cum hoc casu matrimonii prioris vinculum rite diremtum, & nuptiæ per desertum desertamve cum alio contractæ divino humanoque subsistant jure, absurdum esset, sine justa causa dissolvi illud omnis vitæ consortium quod secundum præcepta legum propter culpam deserentis recte contractum est, Gisb. Voetius *politicæ ecclesiast. d. par.* 1. *lib.* 3. *tract.* 1. *sect.* 3. *cap.* 4. *quæst.* 2.

11. Plane, si desertionis judicium haud intervenerit, & uxor, quæ mala gratia a viro recesserat, ac annis pluribus absens fuerat, deinceps reversa recipi a viro desideret, etiam tunc eam haud esse audiendam, responsum invenio Respons. Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 229. Sed vix est, ut id probaveris. Cum enim etiam post desertionis & separationis judicium tentanda adhuc, quantum fieri potest, concordia sit, & redintegratio matrimonii jam publice dissoluti; æquum est, non solvi illud, quod hactenus substitit, & pœnitentem ac meliora secuturam, aut saltem spondentem, in gratiam recipi ab eo, qui utique sibi imputare debet, quod non maturius urserit uxoris suæ reditum, eoque contumaciter denegato, nuptiarum diremtionem. Licet enim solummodo tunc jurgium, & non verum divortium videatur esse, cum uxor calore iracundiæ recedens *brevi* reversa est, *l. divortium* 3. *ff. h. t.* tamen id tum demum verum est, cum secessioni in tempus brevius factæ libellus repudii adjunctus est, ut pater ex *d. l.* 3. non item, si simplex secessio absque adhibito repudii libello facta, & diutius continuata sit, ac vir isti ita acquieverit secessioni, ut nec reditus obtinendi tentamen ab eo fuerit adhibitum, nec ullam in id fecerit deserentis citationem.

12. Quid juris sit, & an mulieri aliæ sint nuptiæ permittendæ, si vel longo tempore maritus expeditionis causa absit, vel ignoretur, utrum vivat an moriatur; & quid, si is qui mortuus credebatur, redeat post aliud matrimonium ab uxore jam contractum? dixi *tit. de ritu nupt. n.* 99.

13. Tantum autem abest, ut pro malitiosa desertione haberi debeat, si maritus, ob crimen profugus aut relegatus, a loco domicilii abesse cogatur, vel propter metum persecutionis e loco periculoso concedat in eam regionem, in qua metu tali solutus esse potest; ut potius uxoris ipsius officium sit, sequi novum mariti sui domicilium, ex necessitate alio translatum, secundum ea, quæ a me tradita in *t. de judiciis, num.* 101. usque adeo, ut illis in casibus, quibus sine suo crimine maritus abesse cogitur, ipse adversus eam sæpius instanterque rogatam, ac sequi renuentem, judicium desertionis intentare possit, ac propter sæpius citatæ contumaciam impetrare vinculi conjugalis dissolutionem, prout a variis tum Theologis, tum Jurisconsultis responsum, ac tandem etiam ab Hollandiæ Curia judicatum est, Responsa Jurisc. Holland. *par.* 5. *consil.* 46. & *seqq. a pag.* 156. *ad pag.* 183. ubi & ipsa formula sententiæ exhibita. Avus p. mem. Gisbertus Voetius *politicæ ecclesiasticæ par.* 1. *lib.* 3. *tract.* 1. *sect.* 3. *cap.* 4. *quæst.* 7. & 9. Henricus Brouwer *de jure connub. lib.* 2. *cap. ult. n.* 17.

14. Quia vero post divortium propter adulterium, aut desertionem malitiosam, publica auctoritate factum, conjuges quandoque intervenientibus pararis atque amicis, in gratiam redeunt, & ad matrimo-

(*) *Ut ut divortium propter adulterium aliqua veri specie cohonestarint Neogræci, at non cohonestarunt propter malitiosam desertionem: valuit in Christianorum mentibus illud Christi Domini:* Quod Deus conjunxit, homo non separet: erunt duo in carne una; *et illud Apostoli:* Mulier alligata est legi quanto tempore vir ejus vivit; *valuit ipsa naturæ vis, quæ matrimonio caussam perpetuam posuit, et incompensabilia jura potestatis mutuæ dixit. Valuit sanctius, quam inter naturales civilesque contractus, matrimonii vinculum, et certum jus filiorum ad educationem, et regimen, quod nutaret vagante divortiorum licentia. Quid vero in re cuique comperta diutius morer?*

nium redintegrandum inducuntur; sciendum est, redintegrationem talem non posse privata fieri auctoritate, sed nuptias perinde de novo contrahendas esse cum solemnium denunciationum adhibitione, ac si nunquam antea matrimonium inter tales constitisset. Cum enim insonti per judicium separationis concessa fuerit licentia transeundi ad alia vota, fieri posset, ut is jam alteri de nuptiis aliis fidem jure dedisset, sponsalia contraxisset, forsan & præmaturo firmasset concubitu; nec justum est, hoc jus ad nuptias, jam alteri vi publicæ concessionis quæsitum, eidem adimi sub obtentu matrimonii cum conjuge priore redintegrandi. Quod si privatim sine his solemnibus coierint, ne liberi quidem inde nati legitimi censendi forent, ut latius dictum *tit. de his qui sui vel alieni juris sunt n.* 11. Redintegratione sane interveniente reviviscunt pacta dotalia & alia inter conjuges, perinde ac si dissolutio facta non esset, adeoque cessant pœnæ privatæ adulterio alioquin in læsi gratiam inductæ & læso applicandæ, ut dictum *tit. de pact. dotal. n.* 5.

15. Vidimus de causis duabus, propter quas & jure divino & moribus nostris dissolvi possint matrimonia, quæ ab initio secundum præcepta legum contracta substiterunt. Sunt & causæ, quæ matrimonium antecedentes, ab initio illud efficiunt inutile, sic ut id propterea vel petente alterutro conjuge, vel etiam utroque invito, per sententiam judicis pronuncietur retro nullum fuisse. Utroque quidem invito ac reluctante si intra gradus prohibitos per scientes aut ignorantes contractum sit, §. *pen. Instit. de nuptiis, l. qui contra* 4. *l. pen. & ult. C. de incestis & inut. l. nuptiis.* Uti & si liberi sine parentum consensu, per leges aut mores necessario, nuptias contraxerint, & parens mordicus illud infirmum esse velit, nec moveri se patiatur ne acerbe suum exerceat potestatis jus, ut dictum *tit. de ritu nuptiar. n.* 11. Ad unius vero desiderium invito altero si impotentia generandi ab initio adfuerit, ac toto triennio sit continuata, sive ex viri, sive ex fœminæ vitio impedimentum subsit, *l. in causis* 10. & *auth. sed hodie C. h. t. novell.* 12. *c. per occasionem* 6. *novell.* 117. *c. prædictis* 12. arg. *l. si serva servo* 39. §. 1. *ff. de jure dot. can.* 1. & 2. *causa* 33. *quæst.* 1. *cap. ex litteris* 3. 5. 6. *extra de frigid. & maleficiatis*, Groenewegen *ad l.* 10. *C. h. t.* Leeuwen *cons. for. part.* 1. *lib.* 1. *cap.* 15. *n.* 5. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil. ult.* Appendix decisionum *post responsa Jurisc. Holl. par.* 3. *vol.* 1. *pag.* 45. *in fine.* Quid si non ex vitio latente, sed ad inspectionem patente, ac non curabili, impotentia descendat, triennium haud expectandum esse, sed in continenti conjunctionem illam dirimendam, post alios contendit Mascardus *de probation. conclus.* 311. in verbo *coitus impotentia.* Quibus autem modis probetur impotentia, & qua ratione ad separationem contendatur, vide Annæum Robertum *rerum judicat. lib.* 4. *cap.* 10. Christinæum *vol.* 1. *decis.* 336. & *vol.* 5. *decis.* 192. Menochium *de præsumtion. lib.* 6. *præsumt.* 90. Melchiorem Kling *de causis matrimonial. de impotentia coeundi pag. mihi* 32. & *seqq. ad pag.* 43. Papegaay van W. van Alphen *par.* 1. *eerste hoofst van rauwactie pag. mihi* 55. & *seqq.* Sed & secundo ad unius desiderium nuptiæ publica auctoritate renunciandæ sunt ipso jure nullæ, quoties quis vitiatam & ab alio impregnatam ignorans duxit, ac post compertum stuprum non de novo præstitit debitum conjugale, aliove modo offensam remisit. Quod etsi in jure canonico aperte negatum inveniatur, *cap.* 1. *caus.* 29. *quæst.* 1. ratione tamen ex ipsa juris canonici definitione firmari potest. Cum enim eo jure matrimonium inter liberum hominem & ancillam, vel inter servum & ingenuam contrahi posset, si matrimonium contrahentes servilis conditionis ignari haud fuissent; & tamen ei, qui per errorem ancillam alienam duxerat, quam liberam putabat, quamque redimere a domino non poterat & libertate donare, licentia eandem dimittendi aliamque uxorem accipiendi concessa fuerit, *cap. si quis liber* 2. 4. 5. *causa* 29. *quæst.* 2. consequens est, ut & vitiatam per errorem ductam jure dimittat, tanquam in cujus nuptias haud consenserit. Scilicet, uti quisque sponte sua ac ex certa scientia ducens ancillam, justum jure illo matrimonium contrahit; ita & qui sciens vitiatam in uxorem assumsit. At sicuti ancillam per errorem ducens, errore comperto, consortium ejus derelinquere potest, quasi nullum ab initio matrimonium intervenisset; ita quoque is, qui per errorem eam sibi junxit, quæ ab alio vitiata est. Neque enim error gravior est, & matrimonio magis contrarius, si quis liberam putaverit, quæ ancilla erat, (posito, quod matrimonium cum ancilla contrahi possit ex certa scientia) quam si quis aut virginem, aut ab alio saltem intactam putet esse viduam, quæ post primi mariti obitum alienis sese libidinibus sua substravit voluntate; dum sola civilis ratio inter ancillam liberamque distinguit, naturalis vero ratio inter vitiatam ex suo consensu & integram scelerisque puram, ac magis animorum divortium a vitiata, in pristinam facile luxuriam & amores vetitos relapsura, quam ab honesta, utcunque vilis & ancillaris conditionis, metuendum est. Sed & secundo jus idem canonicum ab emtione venditione nulla ob defectum consensus ad matrimonii nullitatem demonstrandam argumentatur *in cap.* 1. *circa med. causa* 29. *quæst.* 1. dum ibi scriptum est; *si quis promitteret, se venditurum mihi aurum, & pro auro offerret mihi auricbalcum, & ita me deciperet, nunquid diceret consensisse in auricbalcum? Nunquam volui emere aurichalcum, nec ergo aliquando in illud consensi, quia consensus non est nisi voluntatis. Sicut ergo hic error materiæ excludit consensum, sic & in conjugio error personæ &c.* At vero ex legibus civilibus apertissimum est, recte desiderari, ut ab emtione discedatur, quoties venditor sciens dolo malo emtori, putanti se virginem emere, mulierem vendidit. *Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, & sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verum tamen ex emto competere actionem ad resolvendam emtionem, ut pretio restituto mulier reddatur*, Ulpianus auctor est, *l. ex emto* 11. §. *si quis virginem* 5. *ff. de action. emti*, neque quisquam magis dici potest pati errare sponsum, quam proprii vitii sui latentis conscia sponsa, quæ se ut virginem aut ab alio non pollutam vendicat, cum vere jam mulier, aut per alium stuprata esset; spe illa freta, fore, ut maneret occultum, quod posset offendere, aut secundum Aristenetum *lib.* 1. *epist.* 6. *in fine* per vetulam edocta, *qui jam mulier ante nuptias facta, se adbuc virginem sponso probet*, juvant præterea sententiam hanc argumenta illa, quibus evictum fuit, a sponsalibus recedi posse, si probetur, sponsam ante vel post

sponsalia ab alio vitiatam esse, *t. de sponsalibus n.* 13. præcipue vero, quod dolus vitiatæ videtur causam dedisse huic contractui matrimonii, in quo, si uspiam alibi, bona fides exuberare debet, illis potissimum in circumstantiis, in quibus sæpe ne exactissima quidem diligentia fraudem detegere potest aut præcavere. Licet enim verum sit, eum, qui per errorem paupertinam duxit, quam credebat opulentam, non posse ex eo capite petere nuptiarum dissolutionem, utcunque probabile, imo certum sit, eum, si scivisset, indotatam ducturum haud fuisse; tamen est tunc, quod errans sibi imputare debet, quod non magis anxie in facultates ejus inquisiverit, quam sibi poposcit in uxorem; eo modo, quo & illi, qui temere damnosam adiverunt hereditatem quam putabant lucrosam esse, de se queri, suæque facilitati damnum tale acceptum ferre debent: dum ex adverso amores & amantes furtivi latebras quærunt, non homines modo, licet Argo oculatiores, sed ipsum Numen omniscium quantum in se est, fallere omni ratione studentes; ut proinde nihil sit, quod vitiatam ducenti posset imputari, cui clam gestorum indagatio aut per honestatem, aut per naturam ipsam possibilis non est; virginitatem enim, obstetricum auxilio, aut alio modo ante nuptias explorari, uti inverecundum, ita ejusdem turpiter amissæ difficilis investigatio sæpe est; & in vidua iterato nuptura frustra quæri honestatis aut virginitatis notas, inter omnes constat. His accedit aperta definitio juris divini, Deuteronomii *cap.* 22. *vers.* 20. 21. & egregium Leonis Imperatoris ratiocinium, *novella Leonis* 93. Confer Henricum Brouwer *de jure connubiorum lib.* 1. *cap.* 18. *num.* 19. *& seqq.* Carpzovium *defin. forens. par.* 4. *constit.* 20. *defin.* 12. 13. Avum meum Gisb. Voetium *politicæ Ecclesiasticæ par.* 1. *lib.* 3. *tract.* 1. *sect.* 3. *cap.* 2. *quæst.* 11. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 15. *n.* 10.

16. Cæterum propter supervenientem impotentiam nuptiæ infirmandæ non sunt; nec propter morbum contagiosum, aut furorem vel amentiam, cum nihil tam humanum sit, quam fortuitorum casuum mulieris virum, & vice versa, participem esse, *l. si cum dotem* 22. *§. si maritus* 7. *in med. ff. soluto matrimon.* junct. *l. patre furioso* 8. *ff. de his, qui sui vel alien. juris sunt*, *l. oratione* 16. *§. ult. ff. de ritu nupt.* Et quamvis Romanis placuerit, tunc matrimonii diremtionem peti potuisse, cum furor ita ferox & perniciosus erat, ut nulla sanitatis spes superesset, & furiosa circa conjugem, & ministros ob sævitiam furoris appareret terribilis, ac conjux mentis compos liberis carens sobolis procreandæ cupidine duceretur, *d. l.* 22. *§.* 7. Quamvis etiam Leo imperator in suis novellis prolixe admodum pro eo disputet, ob supervenientem furorem toto triennio in uxore, aut toto quinquennio in marito continuatum matrimonia dissolvi posse, *novella Leonis* 111. 112. Quia tamen jus divinum nuspiam hanc causam justam pronunciat, etiam moribus nostris receptum est, non obstante furore acerrimo, illibatum manere conjugii vinculum. Groenewegen *ad d. l.* 22. *§.* 7. *ff. soluto matrimon.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 15. *n.* 5. *in med.* Plane, quemadmodum ob nimiam sævitiam atque duritiem conjugis in conjugem, aut rixas dissensionesque perpetuas, aut imminens alteri ab altero vitæ periculum, cohabitatio conjugum ad unius petitionem auctoritate publica dirimi, adeoque separatio thori & mensæ fieri potest, manente interim illæso ipso matrimonii vinculo, ac interdictis utrique aliis nuptiis, *Ebt reglement van de Staten Generaal* 18. *Martii* 1656. *art.* 92. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2446. Hugo Grotius *manud. ad juri prud. Holl. lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 30. Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *t.* 6. *defin.* 1. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 15. *n.* 4. 17. 18. ita quoque propter furoris continuati violentiam, donec remiserit, thori ac mensæ separatio, & furiosi furiosæve præclusio, haud difficulter impetrabitur; manentibus tamen omnibus matrimonii effectibus: ne afflicto magis ac commiseratione digno, quam scelerato, aut nocenti, afflictio addatur.

17. Cum autem injecta jam fuerit mentio separationis thori & mensæ, operæ pretium fuerit de effectu ejus nonnulla subjicere; ac primo quidem observandum est, ea per publicam magistratus auctoritatem interposita, & divisione bonorum inter conjuges ex ejusdem magistratus decreto facta, durare nihilominus statutariam aut pactitiam bonorum omnium aut acquæstuum communionem, nec conjuges singulos seorsim suum damnum ac lucrum ferre, nisi insuper publice marito interdictum sit bonis omnibus, vel saltem ea parte, quæ uxori ex interposita cessit divisione. Quibus consequens est, ut non obstante tali divisione, cui non est additum interdictum administrationis bonorum, mulier adhuc teneatur ex contractu mariti, durante thori separatione celebrati, ac in propriis suis bonis post obitum viri perinde executionem pati debeat, ac si nulla talis separatio intercessisset; imo marito vivente in bona mulieris propria (posita exclusione communionis universalis & reservata sola communione acquæstuum) in totum executio talis debiti dirigi possit; cum expeditum sit, illud tunc fieri posse, cum concors inter conjuges matrimonium est, & maritalis potestas quantum ad bona mulieris tali separatione neque tollatur, neque minuatur. Confer Neostadium *de pactis antenup. observat.* 7. *in notis & observat.* 8. Hug. Grotium *inter Responsa Jurisc. Holl. par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 352. (*revera* 242.) *in fine pag. mihi* 709. *& manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 40. *& seqq. & lib.* 3. *cap.* 21. *n. ult.* ibique Groenewegen *in notis.* Unde & defendi potest, mulierem post talem separationem non magis, quam antea, se virumque suum posse sine viri auctoritate per contractum obligare; licet hic contra sentiat Rodenburch *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 1. *n.* 14. Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 4. *n.* 35. *& seqq.*

18. Quod si mulier nullam thori ac mensæ separationem impetraverit, sed privatim sine causa diverterit, ac seorsim ad mortem usque habitaverit, a Senatu Frisiæ judicatum fuit, mulierem talem carituram quidem communione rerum, quas per tempus absentiæ maritus sua vigilantia suoque labore conquisivit, eo quod ad earum acquisitionem una cum viro cooperata non fuit; sed tamen fructuum atque redituum, qui ex communibus conjugum bonis obvenerunt, participem esse oportere, quia ad eos acquirendos cooperatione uxoris haud videbatur opus esse, Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *t.* 5. *defin.* 7. Groenewegen *ad novell.* 117. *cap.* 13. *&* 14. Interim durante absentia injusta, maritum ad alimenta uxori extra domum suam præstanda obstrictum non esse, monet

Groenewegen *ad d. nov.* 117. *cap.* 13. Leeuwen *cens. for. pag.* 1. *lib.* 1. *cap.* 15. *n.* 19. Rodenburch *de jure conjugum tract. præliminari de statutorum diversit, tit.* 2. parte altera, *cap.* 1. *num.* 4. *pag. mihi* 106. Diversum esset, si auctoritate publica separatio thori ac mensæ impetrata esset, & ita mulier extra viri domum hæreat: tunc enim congrua uxori alimenta a viro subministranda essent, si viri ipsius mali mores isti separationi thori & mensæ causam dedissent; aut, si utriusque, vel solius uxoris culpa appareat, reddenda saltem ei forent ea, quæ intulit, ut inde se exhibeat seorsim degens, si forte tenuior eorum proventus sit, quam forent alimenta, quæ secundum dignitatem viri conjugi insonti fuissent suppeditanda. Qua in re multum arbitrio judicis pro circumstantiarum varietate videtur tribuendum. Carpzovius *defin. for. par.* 3. *constit.* 26. *defin.* 15. & 18. Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 4. *n.* 41. & *seqq.* Leeuwen *cens. for. d. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 15. *n.* 19.

19. Si communi consensu, absque ullo publicæ auctoritatis aut decreti interventu, conjuges seorsim habitare constituerint, honorem tamen matrimonii sibi invicem habentes; dubium esse non potest, quin nuptiæ durent, quas non coitus, sed maritalis affectus facit, *l. cum hic status* 32. §. *si mulier* 13. *ff. de donat. inter vir. & uxor.* cui consequens est, ut & omnes effectus matrimonii perinde locum habeant, ac si nulla talis habitatio separata ex consensu intervenisset; nisi aliud inter conjuges pacto actum esset, quod tamen nunc inter ipsos quidem, at non respectu creditorum, effectum inveniret, secundum fundamenta juris generalia in *tit. de pactis dotalibus* tractata.

20. Judicium vero *de moribus*, quod olim apud Romanos obtinuerat, & de quo Ulpianus agit in fragmentis *tit.* 6. §. 12. a Justiniano sublatum est, secundum ipsam inscriptionem tituli & *l. pen. in fin. C. h. t. de repudiis & judicio de moribus sublato.*

TITULUS III.

Soluto Matrimonio dos quemadmodum petatur.

SUMMARIA.

1. *Quo modo repetatur dos, quæ ante nuptias data est, si nuptiæ non sequantur?*
2. *Regulariter durante matrimonio dos ad uxorem redire nequit. Recensentur causæ justæ, ob quas id fieri possit. An & ob inopiam mariti? Quid tunc mulier circa dotem possit facere? Quid, si maritus idoneam pro dote cautionem offerat? Quid, si mulier sciens inopi nupserit? An dos marito iterum reddenda, si ad meliorem fortunam revertatur?*
3. *De rei uxoriæ actione & actione ex stipulatu, & quid inter has actiones interfuerit. De adventitiæ dotis repetitione. Quis eam repetat, distinctionibus explicatur.*
4. *Dos profectitia secundum pactiones dotis dationi appositas illis reddenda, qui id pacti sunt, præcipue patri.*
5. *Si desit pactio, cui tunc dos profectitia reddi debeat, ubi filia dotata soluto matrimonio superstes est, sive sui juris, sive patriæ subjecta potestati? Quæ occasione varia adnotantur.*
6. *Si filia in matrimonio moriatur, & mortis tempore in patris fuerit potestate, dos profectitia patri reddenda; sin emancipata fuerit, dos non ad patrem, sed ad filiæ emancipatæ heredes reverti debet: respondetur objectionibus.*
7. *Probatur dotem profectitiam ad patrem reverti, si filia moriatur in matrimonio, in patria existens potestate, licet tunc liberi supersint ex illa filia.*
8. *Quis repetat, si avus nepti dotem dederit? An & pater intermedius, avo mortuo?*
9. *Cui moribus hodiernis dos reddenda sit? An vidua pro dote & aliis ex pacto dotali debitis incumbere possit rebus mariti defuncti? An tamquam spoliata restitui debeat, si fraude heredum mariti possessionem reliquerit, nec ei solutio fiat?*
10. *Dos reddenda, si modo vere numerata sit. Quid si maritus dotem promissam a patre mulieris vel extraneo promissore, vel debitore delegato petere neglexerit, aut ad obligationem remiserit?*
11. *Quo tempore dos soluto matrimonio reddi debuerit jure veteri & novo? Ex quibus causis dos sine dilatione statim a soluto matrimonio reddi debuerit? An pro mobilium restitutione in tempus dilata uxor fidejussorem exigere possit? Quando moribus dos reddenda?*
12. *Restituendæ cum dote omnes accessiones ejus; quarum plures recensentur species. Qui juris circa fructus; præcipue anni postremi, tum naturales tum civiles; & quid moribus in hisce?*
13. *An una cum dote reddenda alimenta aut munera modica, quæ parens mulieris stante matrimonio dedit, cum ante nuptias non promisisset?*
14. *Si maritus jure licito res dotales stante matrimonio vendiderit, quale pretium reddere debeat? Quid, si fraudandæ uxoris causa vilioris vendiderit dolo? Quid, si vendiderit pretio annua bima trima die solvendo, & nedum venerit omnium pensionum dies?*
15. *Quo modo ususfructus a muliere vel alio in dotem datus, aut dotis causa constitutus, soluto matrimonio reddi debeat?*
16. *Reddenda & pars lucri stante matrimonio quæsiti. Quid agendum, si res tales quæsitæ individuæ sint? Qui non intulis bona, quæ promiserat, vel dissimulavit ut alienum, & id stante matrimonio solutum fuit, ejus detractionem una cum usuris percipiendis soluto matrimonio pati debet.*
17. *Contra quos detur actio ad dotem restituendam?*
18. *Quo in loco dos repetenda? Cujus loci spectanda æstimatio circa nummos in dotem datos ac restituendos?*
19. *Recensentur casus, quibus cessat dotis repetitio: ubi de divortio culpa uxoris facto. Quibus in casibus ne quidem ob adulterium uxoris dos marito cedat, sed vel uxori, vel liberis, vel parentibus aut extraneis reddi debeat? Et qui de dote conventi gaudeant beneficio competentiæ, etiam moribus?*
20. *Quid juris circa restitutionem, si dos inæstimata perierit? qualem culpam maritus præstet; & quæ sint adscribenda culpæ mariti? Quid juris, si perierit in totum aut pro parte dos æstimata per distinctiones explicatur.*
21. *An, & quando, & quousque moribus nostris maritus culpam in rebus dotalibus præstare debeat,*

si fuerit omnium bonorum vel acquaestuum communio, vel mulier dotem sibi salvam pacta sit?

22. *Marito dotem reddenti, vicissim de indemnitate cautio praestanda, ubi de dotis intuitu obligavit.*

23. *De petitione* doerii *post solutum matrimonium vi pacti vel statuti. An divortio facto insons doerium petere possit, & an statim, an demum mortuo nocente?*

24. *Si pacto dotali certa res, veluti domus Corneliana designata sit, tanquam in* doerium *cessura superstiti, & stante matrimonio collapsa vel exusta, iterumque restituta sit, an soluto matrimonio nova domus velut* doerium *peti possit sine impensarum refusione?*

25. *An superstes pro* doerio *ex pactis dotalibus aut statutis debito habeat legalem hypothecam in bonis defuncti?*

26. *An evanescat obligatio ad* doerium *sive certae rei semel praestandae, sive annuae praestationis, si conjux praemoriens superstiti legaverit bonorum omnium, aut quarundam rerum usumfructum?*

27. *Cujus loci statuta circa* doerium *pactitium aut statutarium spectanda sint? de solutione aeris alieni post solutum matrimonium; & quae per liberos parentis, aut vitrico vel noverca conferenda sint?* remiss.

28. *De continuatione societatis inter parentem superstitem et liberos post solutum matrimonium. In quibus locis illa obtineat? Sine speciali statuto aut consuetudine non est in dubio admittenda; nec in dubio ultra liberos ad heredes extraneos defuncti conjugis porrigenda. Quae statuta etiam extraneos includant heredes? Portiones tamen in dubio etiam ad liberos majorennes.*

29. *In continuatam societatem plerisque in locis non veniunt hereditates, sed fructus hereditatum obvenientium. In Hollandia plerisque locis etiam hereditates. An & tunc, cum inter ipsos conjuges non fuit universalis, sed tantum acquaestuum communio? An, si tempore soluti matrimonii nulla aut pauca fuerint bona communia? An in societatis continuationem veniant sumtus in studia, in honores, in alimenta liberorum, aliaque similia?*

30. *Non est continuatio societatis, si ea liberis damnosa sit. Quo modo id sciri possit, ut liberi eligant utrum continuationem amplecti, an bona parentis defuncti petere velint? An possint pro parte aliqua temporis amplecti communionem, pro parte eam repudiare?*

31. *An & quo respectu verum sit, conjugem superstitem nec alienare, nec obligare posse bona in praejudicium liberorum, quibuscum societatis continuatio est, exceptis paucis casibus.*

32. *An, si superstes ad secunda vota transeat, etiam vitricus aut noverca veniant ad continuatam societatem? & an liberis prioris thori post obitum parentis binubi continuatio sit societatis cum vitrico aut noverca?*

33. *Impeditur continuatio aut finitur, confecto per superstitem repertorio. Si superstes solus sit liberorum tutor, cui tunc repertorium offerre debeat? Intra quantum tempus a soluto matrimonio illud conficiendum sit? &, si post conficiatur, an retro a die soluti matrimonii continuato fuisse censeatur? Recensentur per indicem plurimae quaestiones et auctoritates circa hanc repertorii confectionem ad effectum dirimendae societatis, ut et circa modos alios, quibus continuatio interrumpitur.*

34. *Cujus loci statuta circa societatis continuationem ejusdemque dissolutionem spectanda sint? Et an migratio ad alium locum superveniens post inchoatam societatis continuationem possit continuationi adferre mutationem?*

35. *In quibus locis ignoratur continuatio communionis, repertorium tamen a superstite edendum heredibus conjugis defuncti, antequam separatio bonorum fiat, et jurejurando firmandum; quod habetur pro praestito, ubi mors praestationem praevenit.*

36. *De jure* massariae, *et viduis ac viduabus massariis,* boedelhouders, an boedelhuuster, *vulgo dictis* remiss.

1. CUm dos etiam ante nuptias spe futuri matrimonii quandoque numeretur, *l.* 1. §. 2. *ff. pro dote*, nuptiis deinde non secutis, nulla quidem ex jure veteri actio rei uxoriae, vel ex jure novo actio ex stipulatu, pro dote recuperanda institui potuit, dum deficit conditio, quae in vera aut ficta stipulatione de dote soluto matrimonio restituenda subaudita fuit, puta, *si nuptiae secutae essent*, sine quibus nulla dos est, arg. *l. dotis* 3. *l. stipulationem* 21. *l. promittendo* 41. §. 1. *l. dotis promissio* 68. *ff. de jure dot. d. l.* 1. §. 2. *ff. pro dote*, sed potius rei vindicationi vel condictioni locus est; condictioni quidem sine causa vel condictioni causa data causa non secuta; si dominium statim a donatione in sponsum transierit, *l. pen.* & *ult. ff. de condict. sine causa*, *l. quod Servius* 8. *ff. de condict. causa data*, vindicatione vero, si ita dos data sit, ne demum contracto matrimonio dominium dotis in maritum transiret, *d. l.* 1. §. 2. *ff. pro dote*, vel si data fuerit aestimata; eo quod aestimatio venditionem continet, eamque conditionalem, si nuptiae sequantur, ex qua venditione conditionali dominium conditione pendente translatum non est, *l. si aestimata* 2. *ff. pro te*, *l. in rebus* 17. §. 1. *ff. de jure dotium*, junct. *l.* 2. §. *si sub* 2. *ff. pro emtore*.

2. Durante matrimonio licet cesset regulariter dotis datae repetitio, cum data sit ad sustinenda onera matrimonii, & restitutio ejus praematura cedat in vetitam inter conjuges donationem; usque adeo, ut maritus restituens possit fructus, a tempore dotis refusae usque ad dissolutionem matrimonii perceptos, repetere ab iis, qui uxoris successores sunt, *l. unic. Cod. si dos constante matrimonio soluta fuerit*, *novell.* 22. *cap. dotes autem* 39. tamen ex justis nonnullis causis per leges probatis etiam manente matrimonio dos uxori non perditurae reddi potest; puta, ut illa se suosque alat, ut fundum idoneum emat; ut in exilium aut in insulam relegato parenti praestet alimonia; ut egenum fratrem sororemve sustineat; ut exsolvat aes alienum patris, cui heres extitit; ut fundum magis utilem magisque idoneum pro dotali acquirat, ac in alios similes fines, *l. manente* 73. §. 1. *l. ult. ff. de jure dot. l. quamvis* 20. *l.* 21. *ff. h. t.* Marito quoque deportato, utcunque matrimonium adhuc duret, ad uxorem dos reverti-

tur, *l.* 1. *C. de repudiis*, *l. si marito* 31. *pr. ff. b. t.* Præcipue vero ob inopiam mariti supervenientem constante matrimonio dotis repetitio mulieri permissa est, si ita patrimonium ejus diminutum, ut dotis exactioni sufficiens haud futurum videatur, ac periculum subsit, fore, ut mulieri post nuptias demum solutas agenti inanis de dote actio esset, *l. si constante* 24. *pr. ff. b. t. l. ubi adhuc* 29. *l. in rebus* 30. *in fine C. de jure dot. novell.* 97. *cap. illud quoque* 6. Andr. Gayl. *libr.* 3. *observ.* 85. Petrus Barbosa & DD. passim *ad d. l. si constante* 24. *ff. b. t.* Ut tamen per hanc dotis restitutionem mulier liberam haud adipiscatur ejus alienandæ facultatem, sed tantum securitatis ergo detentionem ejus & administrationem, ac ad sustinenda matrimonii onera fructuum perceptionem, *d. l.* 29. *C. de jure dot. d. novell.* 97. *cap.* 6. Neque hanc restitutionem stante matrimonio faciendam impedit oblata per maritum idonea cautio, cum illa neque malevolum mutet mariti propositum, si a prodigalitate luxuque procedat inopia, arg. §. *penult. & ult. Instit. de suspect. tutor.* neque novercantis fortunæ gradum impetumque sistat, si infortunio ac casibus adversis diminutio facultatum videatur imputanda, ac satius sit, intacta mulieri jura conservari, quam post causam vulneratam remedium quæri, *l. ult. C. in quib. causis integr. restitutio necess. non est.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 256. Tuldenus *ad Cod. b. t. n.* 2. *in med.* Quod si mulier sciens inopi nupserit, aut facultates suas dolo vel culpa atque imprudentia dissipare solito, vix est, ut ei stante matrimonio dotis repetitio permitti debeat; quippe quæ sero accusat mores, quos nubendo probavit, arg. *l. si uxor* 13. §. *ult. ff. ad leg. Jul. de adulteriis*, *l. inter causas* 26. §. *abesse* 2. *ff. mandati*, *l. si legibus* 16. *C. de episcop. audientia*, *l. mulier* 5. *vers. his illud quoque C. de sponsal.* nec fraudari videtur aut injuriam pati, quæ sciens consentit, *l. nemo videtur* 145. *ff. de reg. juris l.* 1. §. *usque adeo* 5. *ff. de injuriis.* Confer. Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 84. Petrum Barbosam *ad l. si constante* 24. *ff. b. t. n.* 26. 27. An autem, marito rursus ad meliorem revertente fortunam, dos etiam in pristinam causam redire, ac marito restitui debeat, dubitatum est. Quæstionis decisio ab eo pendere videtur, an per opulentiam supervenientem cesset dotis amittendæ metus, ac tuto satis res dotales marito committi queant: quod quidem facile admittendum, ubi neque per malos mores suos, neque per notabilem imprudentiam atque temeritatem, sed facto tertii aut casu, maritus ad paupertatem redactus fuerat, veluti per incursum hostium, vim prædonum aut piratarum, incendium, naufragium, arg. *l.* 1. *ff. de curat. furios.*, *& aliis extra min. dandis*, *l. cum aliis* 6. *C. de curat. furiosi: l. cura extruendi* 4. §. 1. *ff. de muner. & honor.* Sed si manifesta luxuria ejus atque improbitas vel imprudentia atque temeritas insignis, a judicii defectu profecta, prius absorbserit mariti patrimonium, ac necdum mores in melius mutati appareant, neque hactenus didicerit cautius mercari, aut abstinere ab iis, in quibus vidit, imperitiam atque imprudentiam suam sibi damnosam fuisse; magis est, ut tunc per opes de novo allatas non cesset periculum amittendæ dotis; cum opulentia illa non magis quam, cautio oblata, mutet indolem geniumque mariti ad perdendum quasi nati, iterumque quæsita propediem dissipaturi, arg. *d.* §. *penult. et ult. Instit. de suspect. tutor.* Confer Tuldenum *ad tit. Cod. soluto matrimon. n.* 3. Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 85. Rittershusium *ad novellas part.* 5. *cap.* 5. *n. ult.* Petrum Barbosam *ad d. l. si constante*, 24. *ff. b. t. n.* 33. *et seqq.*

3. Soluto matrimonio dos ex jure communi repetitur secundum jus novum per actionem ex stipulatu, bonæ fidei, privilegiatam, quæ successit in locum veteris rei uxoriæ actionis, §. *fuerat* 29. *Instit. de action. l. unic. C. de rei uxoriæ act.* Inter quas duas actiones quid olim interfuerit; quid ex rei uxoriæ actione in actionem ex stipulatu a Justiniano translatum sit; quæ de novo per eum actioni ex stipulatu adjecta; quæ denique singularia præter jus commune in eadem recepta sint; vide apud Cujacium *in paratitl. Cod. de rei uxor. act.* Vinnium ac parentem meum Paulum Voet *ad* §. 29. *Instit. de action.* & vulgo DD. ad textum utrumque. Et adventitiam quidem dotem non modo mortua in matrimonio muliere, sed & ea adhuc vivente (dum divortio vel morte mariti diremtæ sunt nuptiæ) repetit extraneus, qui dotem dedit, & in continenti sibi eam soluto matrimonio restitui pactus est, sive consentiente muliere, sive invita ea; uti & si ex intervallo sibi restitutionem dotis datæ stipulatus fuerit ex consensu mulieris dotatæ, juri suo sic renunciantis, non item eadem dissentiente. Idemque est, si extraneus dotem dans sibi quidem nihil pactus sit, sed alteri permiserit, ut is sibi ipsi in casum matrimonii dissoluti stipularetur adventitiæ dotis restitutionem, *l. quoties* 29. §. 1. *l. quæ dotis* 33. *l. in insulam* 42. §. *ult. ff. b. t. liceat soleat* 43. §. 1. *ff. de jure dot. l.* 1. *l. ex morte* 9. *C. de pactis convent. l. ob res* 20. §. 1. *ff. de pact. dotal. l. unic.* §. *accedit* 13. *C. de rei uxor. act.* (Adde *t. de pactis dotal. n.* 11.) Quod si per extraneum dotantem nulla de restitutione conventio secundum jam dicta inveniatur interposita, vel mulier ipsa de suo dotem dederit, & post matrimonium solutum superstes sui juris existat, ipsa suo arbitrio repetit, *l. liberta* 35. *ff. b. t. l. liceat soleat* 43. §. 1. *ff. de jure dot.* sin in patris potestate sit, pater jure patriæ potestatis non suo, sed filiæ suæ nomine movet in judicio de adventitia dote recuperanda actionem. Ut tamen absente patre filia ipsa utiliter experiatur. Ulpianus *in fragmentis t. de dotibus* 6. §. 6. *l. unic.* §. *accedit* 13. *C. de rei uxor. act. l. si cum dotem* 22. *fere per tot. ff. b. t.* arg. *l. si longius* 18. §. 1. *ff. de judiciis*, *l. filius familias* 9. *l. in factum* 13. *ff. de obligat. & action.* Plane, si ipsa in matrimonio mortua fuisset, dos adventitia olim semper penes maritum remanebat, quoties secundum ante dicta extraneus sibi restitutionem stipulatus non erat, Ulpianus *in fragment. d. t.* 6. §. 5. arg. *l. mulier* 20. *ff. de condit. instit. l. sed si alia* 5. *ff. de bonis damnat. l. Celsus* 22. *& seqq. ff. de religiosis.* Cujacius *libr.* 9. *observ.* 4. sed jure novo per heredes mulieris repeti potuit, eo quod mulier intelligitur tacite stipulata, sibi soluto matrimonio dotem reddi; cui consequens est, ut actionem ex stipulatu ad heredes transmittat, *d. l. unic.* §. *illo procul dubio* 6. *&* §. *accedit.* 13. *Cod. de rei uxor act.*

4. Profectitiam dotem quod attinet, si quidem pater in continenti eam sibi soluto matrimonio reddi aperte stipulatus sit, sive consentiente sive invita fi-

lia dotata, dubium non est, quin eo dissoluto dotem jure repetat, etiam non adjuncta aut consentiente filia, ubi ea superstes est, sive etiamnum in potestate sit, sive jam emancipatione sui juris facta; usque adeo, ut & jus illud agendi ex stipulatu pater ad suos heredes transmittat, *d. l. unic.* §. *& hoc* 14. *C. de rei uxor. act. novell.* 97. *cap. quia vero jam* 5. *in pr.* Idemque est, si non in omnes casus soluti matrimonii, sed tantum in unum, veluti in *casum mortis*, aut *in casum divortii* dotem sibi reddi pater stipulatus sit, & casus existat stipulatione comprehensus, arg. *l. si cum dotem* 22. *pr. ff. h. t.* Quin imo, si pater non sibi, sed aliis liberis aut nepotibus dotem restitui in continenti pactus sit, vel ex patris voluntate extraneus stipulationem de dote sibi reddenda interposuerit, servari debent & effectum sortiri conventiones omnes illæ dotis profectitiæ constitutioni additæ, secundum ea, quæ in *t. de pactis dotal. n.* 10. *&* 11. dicta sunt. Plane, si pater non quidem tempore dotis constitutæ, sed ex intervallo, ante nuptias tamen contractas, dotem sibi restitui stipulatus sit, adhuc ei vi talis conventionis dotis exactio nata est, utcunque filia isti patris pactioni assensum non præbuisset. Secus, si post nuptias contractas, adeoque postquam res vere cœperant dotales esse, pater sine filiæ voluntate restitutionem sibi pactus esset, *l. quotiens pater* 29. *ff. h. t.*

5. Quod si nulla circa dotis profectitiæ restitutionem conventio specifica intercesserit, videndum, an filio dissoluto matrimonio superstes sit, an non. Si vivat, distinguendum ulterius, utrum adhuc patris sui potestati subsit, an vero emancipatione vel morte patris suæ potestatis esse cœperit. Si enim sui juris fuerit cum matrimonium dirimeretur, ipsa sola profectitiæ dotis repetitionem habet, non pater, nec mortuo patre heredes ejus, licet filia talis a patre exheredata esset, *l. unic.* §. *videamus* 11. *&* 14. *C. de rei uxor. act. l.* 1. §. 1. *l. si cum dotem* 22. §. *eo autem* 5. *l. Titia divortium* 34. *ff. h. t. l. Titia cum* 54. §. *qui, invita* 5. *ff. de legatis* 2. arg. *novell.* 97. *cap.* 5. *in pr. & c.* 6. *in pr.* usque adeo, ut & contra proprium patrem ac heredes ejus filia emancipata ad dotis restitutionem experiri potuerit, si maritus moriens socerum suum seu patrem uxoris heredem instituisset, *l. si socer.* 44. *pr. ff. h. t.* Quin imo, si pars dotis profectitiæ jam patris soluta fuisset, eo moriente, partem reliquam filiæ, jam sui juris effectæ, exsolvi oportere, post Trebatium atque Labeonem Javoleno placuit, *l. pen.* §. *filiofamilias* 2. *ff. h. t.* & si post judicium de dote restituenda, quod communi patris ac filiæ voluntate cœptum fuerat, ad finem perductum ac sententiam obtentam pater decesserit, judicati actionem filiæ potius, quam heredibus patris, dari oportere, Julianus auctor est, *l. si marito* 31. §. *si voluntate* 2. *ff. h. t.* Nec dubium videtur, quin mulier hoc jus repetendæ dotis, semel sibi cœptum competere, ob dissolutum patriæ potestatis nexum, etiam ad suos heredes quoscunque transmittat, dum heres ejusdem cum defuncto juris atque potestatis est, arg. *l. pater filiam* 14. *ff. ad leg. Falcid.* Sin in sacris paternis etiamnum constituta sit, cum matrimonium dissolvitur, quia tunc simul patris & filiæ dos est, dum pater & filiafamilias civiliter una persona censetur, pater quidem dotem profectitiam, sed non aliter quam ex voluntate filiæ expressa vel tacita repetere potest, *l.* 2. §. *quod si* 1. 2. *l. non solum* 3. *l. si cum dotem* 22. §. *post* 1. *l. Titia* 34. *l. dotem* 37. *ff. h. t. d. novell.* 97. *cap.* 6. §. 1. *l. secundum* 2. *l. filiæ* 7. *l. si socero* 10. *C. h. t.* exceptis quibusdam casibus, quibus ob absentiam vel ob mores patris actio patri deneganda videtur, vel contra ob filiæ mores patri omnino concedenda, licet patri agenti filia nollet consentire, de quibus Ulpianus in *d. l.* 22. §. 3. 4. 6. 10. 11. *l. in insulam* 42. *pr. ff. h. t.*

6. Hactenus de filia, quæ soluto matrimonio superstes est; si vero in matrimonio mortua sit, frequentius quidem interpretibus placuisse videtur, ad patrem adhuc viventem reverti debere dotem profectitiam, sive filia moriens emancipata fuerit, sive ad finem vitæ manserit in patris sui potestate, quos & Vinnius sequitur *ad* §. 29. *Instit. de action. n.* 1. *fere in pr.* & Gothofredus *in notis ad l.* 4. *C. h. t.* Sed magis est, ut inter filiam suam & emancipatam, in matrimonio morientem patre superstite, distinctio fiat. Si ergo filiam durante patria potestate in matrimonio defunctam concipias, patri superstiti procul dubio actio de dote profectitia accommodanda est, *l. dos a patre* 4. *C. h. t.* ex ratione, ne et filiæ amissæ & pecuniæ damnum sentiret, *l. jure succursum* 6. *ff. de jure dot.* Nam cum pater viva filia, ac in potestate constituta, habiturus fuisset repetitionem dotis profectitiæ, tanquam sibi cum filia communis, *l.* 2. §. 1. *ff. h. t.* verissimum erat, ipsum & filiæ amissæ & pecuniæ damnum sensurum, si non in eo patri succursum fuisset, ut solus post mortem filiæ dotem repeteret a se profectam, juxta *d. l.* 6. Sed si emancipata in matrimonio decedat, cum nihil nominatim pater de dote sibi reddenda pactus esset, non patri superstiti, sed heredibus filiæ sive liberis sive extraneis dos, utcunque a patre profecta, restituenda est. Quod primo suadet argumentum ex *d. l.* 4. *C. h. t.* in qua dum Imperator rescripsit, dotem a patre profectam ad patrem redire debere, *si in matrimonio decesseris mulier filiafamilias*; satis significat, diversum statuendum esse, si in matrimonio decesserit, quæ emancipata erat. Suadet quoque argumentum ex *l. illam* 19. *C. de collation.* in qua dum nepotes ex filia jubentur patruis amitisque suis conferre dotem, matri suæ ab avo datam, necesse fuit, dotem illam mortua filia non ad avum reversam fuisse, sed ad nepotes tanquam heredes suæ matris fuisse devolutam. Cumque id intelligi nullo modo possit de filiafamilias in matrimonio mortua: quippe cujus dos profectitia ad patrem redibat, secundum *d. l.* 4. *C. h. t.* consequens est, tantum in filia emancipata, in matrimonio mortua, verum fuisse, quod dos conferenda ad liberos filiæ, seu avi dantis nepotes translata fuerit, neutiquam ad avum post filiæ emancipatæ mortem reversa. Sed & hoc ipsum ex eo evincitur, quod ratio *d. legis* 6. *ff. de jure dotium* nullo modo locum invenire possit in filia emancipata: cum enim ea sola, cum patris sui exclusione, dotis profectitiæ repetendæ facultatem habitura fuisset, si post dissolutum matrimonium supervixisset, non potuit dici, patrem & filiæ & pecuniæ damnum sentire, ubi, mortua in matrimonio filia emancipata, patri dotis profectitiæ repetitio denegatur; adeoque, uti superstite filia nullam dotis repetendæ jus habebat, ita nec ratio est, cur eadem in matrimonio defuncta desideraret dotis profectitiæ restitutionem, sed potius generalibus ju-

ris fundamentis conveniens est, filiam emancipatam jus illud repetendæ dotis profectitiæ, quod exercuisset ipsa si vixisset, cum cæteris omnibus juribus suis ad suos videri transmisisse successores. Denique pro hac facit sententia, quod a Paulo Jurisconsulto scriptum est, eo casu, quo filia emancipata est, *uno casu ad patrem regredi posse dotem*, *l. pater filiæ* 71. *ff. de eviction.* qui unus casus est, si pater, dotem dans filiæ emancipatæ, tempore dationis eam sibi reddi stipulatus sit, ut patet ex *novell.* 97. *cap.* 5. *in pr.* & supra jam dictum est. Neque ab hac sententia alienus videtur Fachineus *controversiar. lib.* 3. *cap.* 71. *in med.* dum censet, dotem profectitiam jure patriæ potestatis ad patrem reverti soluto matrimonio per mortem filiæ in potestate positæ, licet liberi filiæ defunctæ supersint; non item si filia emancipata liberis relictis in matrimonio moriatur. His vero contrarium non est Responsum Ulpiani in *l. si filia* 5. *ff. de divortiis*, & Juliani in *l. filia mea* 59. *ff. h. t.* cum utrobique tantum definiatur, illo in casu, quo dos profectitia mortua in matrimonio filia emancipata ad patrem reverti debebat, eandem quoque patri reddendam esse, ubi illa divertit, aut repudiata fuerit cum improbo atque callido patris fraudandi proposito. Quando autem reverti debeat ad patrem, ubi filia emancipata in matrimonio mortua est, non definitur ab Ulpiano aut Juliano, sed aliunde petendum est, & quidem præcipue id explicat Imperator Justinianus *in d. nov.* 97. *cap.* 6. *in pr.* puta, si pater id pactus sit seu, ut *d. novella* habet, *reversionem in semet ipsum fecerit*. Atque hinc etiam idem Justinianus *in novell.* 22. *cap. est quoque* 19. agens de liberis, qui, ut patres fraudarent dote profectitia, simulabant ac fingebant divortia, statim in initio dicit, *se eorum, qui sub potestate sunt, calliditates circa parentes habitas prohibere*. Quod autem mox subjungitur etiam mentio *emancipatorum*, id non alio referri potest, quam ad casum, quo pater sibi dotem profectitiam, filiæ emancipatæ datam, reddi stipulatus est; eo quod ibidem Imperator non modo patrum, sed & matrum dotes dantium, & per talia callida divortia fraudatarum, meminit; quas tamen matres non aliter fraudari expeditum est, quam si in continenti dotem sibi reddi pactæ fuerint; cum alioquin dotis adventitiæ, quales & a matre datæ, olim penes maritum remanserint, jure novo mulieri aut ejus heredibus reddendæ sint, ut supra probatum est. Non etiam adversatur *l. si ab hostibus* 10. *ff. h. t.* Neque enim ibi de emancipata, sed ea, quæ per captivitatem desierat in patris potestate esse, sermo est; ac asseritur, dotem profectitiam ei datam perinde ad patrem redire debere, ac si non post captivitatem apud hostes, sed durante patria potestate, mortua fuisset; lege scilicet Cornelia fingente, eam primo captivitatis momento adhuc in civitate & potestate patria constitutam obiisse; adeoque magis est, ut hæc *l.* 10. nostræ faveat opinioni tanquam continens casum singularem, in quo, licet filia ob captivitatem vere non fuerit in potestate, patri tamen dotis repetitio permissa fuit, perinde ac si filia in potestate existens diem supremum obiisset, & ita patri ex jure communi seu jure patriæ potestatis natum fuisset, dotis profectitiæ repetendæ jus.

7. Quod autem in præcedente numero dictum fuit, ad patrem redire dotem profectitiam, si filia ejus in potestate constituta in matrimonio decesserit, etiam tunc verum est, quando ex eo matrimonio liberi superstites sunt; cum & liberis existentibus ratio militet, ne & filiæ & pecuniæ damnum pater sentiat, si carere deberet dotis profectitiæ repetitione, contra *d. l.* 6. *pr. ff. de jure dot.* Eoque facit, quod olim marito in singulos liberos tantum quintam dotis profectitiæ partem retinere licuit, teste Ulpiano *in fragm. t. de dotibus* 6. §. 4. quodque illa retentio propter liberos jure novo silere jussa est, cum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortetur, *l. unic.* §. *taceat.* 5. *C. de rei uxor act.* Nihil in contrarium faciente Scævola *in l. ult.* §. *pen. ff. ut legat. seu fid. serv. causa caveatur*, cum non de profectitia, sed adventitia dote agat, uti vel ex eo colligi potest, quod dicitur apud maritum remanere; quod de adventitia dote tempore Scævolæ simpliciter verum erat; de profectitia non item, quippe ex qua maritus tantum quintam in singulos liberos partem retinebat, teste Ulpiano *in fragmentis d. t.* 6. §. 4. 5. Quod si omnino legem illam de dote profectitia quis accipiendam putet, responderi potest, agi ibi non de sua, sed emancipata in matrimonio moriente; cum proponatur testatrix fuisse, factio vero testamenti filiæfamilias denegata fuerit. Minus urget, quod dos profectitia proprium filiæfamilias patrimonium est, *l. denique* 3. §. *ergo* 5. *ff. de minor.* 25. *annis*. Nam id verum quidem, quandiu consistit matrimonium; sed non impedit, quo minus soluto matrimonio dos, quæ filiæ fuerat, (sed etiam simul patris, *l.* 2. §. 1. *ff. h. t.*) ad patrem revertatur: cum & adventitia ad extraneum reverti possit ex conventione, nec tamen eo minus constante matrimonio proprium mulieris patrimonium sit. Frustra quoque movetur, ibi dotem esse oportere ubi onera matrimonii sunt, *l. si is qui* 56. §. *ibi* 1. & 2. *ff. de jure dot.* Non enim aliud ibi vult Jurisconsultus, quam, penes patrem quidem mariti filiifamilias dotem esse oportere, quia pater onera matrimonii sui filiifamilias sustinet; sed quia per emancipationem aut per mortem patris onera mox ad filium transeunt, jam sui juris factum, ideo quoque ad filium debere dotem transferri: eodem modo, quo & in *l. si maritus* 46. *ff. famil. ercisc.* agitur de patre moriente, dum adhuc constat filiif. matrimonium, ac de dote post mortem patris per filium percipienda, quia ipsum onera matrimonii sequebantur. Non etiam recte objicitur, conventione speciali opus esse, ut dos ad patrem post mortem filiæ in matrimonio decedentis revertatur, *l. pater* 23. *l. inter socerum* 26. §. *cum inter* 2. *ff. de pactis dotal.* Etenim narratur quidem pactionem intervenisse; eam vero necessariam fuisse, haud asseritur; nec infrequens fuit, abundantioris cautelæ gratia pactis comprehendi, quæ, licet conventa non essent, tamen ex ipsa obtinerent legum dispositione. Præterquam quod in *d. l.* 26. §. 2. pater specialiter tantum stipulatus fuerat, sibi in unum casum dotem restitui, si nempe filia sine liberis moreretur; quo ipso tacite convenisse videbatur, ut altero in casu, si scilicet liberi superessent, dos sibi non redderetur; sic ut tunc dos penes liberos filiæ non remanserit ex juris dispositione, sed pacti taciti auctoritate. Non denique quicquam facit *l. post dotem* 40. *ff. h. t.* quippe quæ obstaret quidem, si vulgata ejus lectio servari posset: sed cum illic vocula *sine* addi debeat, ac

legi, *stipulatus est pater sine filiæ voluntate*, auctore Cujacio *lib.* 4. *observ.* 21. jubentibus iis, quæ occurrunt *in l. quotiens* 29. *ff. b. t.* ac mutationem illam firmantibus Basilicis, *lib.* 28. *t.* 8. *l.* 28. *vol.* 4. *pag.* 356. ubi *d. l.* 40. habet, patrem sine filiæ voluntate pactum esse; nihil obstat. Posita enim tali lectione, pater non recte sine filiæ voluntate stipulatus fuerat, juxta *d. l.* 29. *ff. b. t.* nec jus filiæ ac liberis ejus quæsitum perperam stipulando poterat adimere: iis vero non extantibus convalescebat stipulatio, quia & sine stipulatione dos patri, ut heredi filiæ suæ ab intestato, restituenda foret.

8. Quod si avus nepti dotem dederit, perinde repetitionem habet, ac si puellæ dotatæ non avus, sed pater fuisset. Sed si avo præmoriente pater intermedius superstes sit, toties patri iisdem in casibus, quibus & avus dotans repetitionem habuisset, si vixisset, pro dote repetenda actio datur, quoties avus patris intermedii contemplatione dotem dedit; cum & quantum ad patrem attinet, dos tunc profectitia sit, utcunque pater ab avo exheredatus esset, *l. dotem* 6. *ff. de collation.* junct. *l. profectitia* 5. §. *quod si* 2. *ff. de jure dot.* non item, si neptis intuitu ea ab avo data sit; quippe quæ respectu patris intermedii non profectitia, sed adventitia est, *l. avus neptis* 79. *ff. de jure dot.*

9. Moribus hodiernis, cum per nuptias mulier in patria desinat esse potestate, & adventitiam & profectitiam dotem soluto matrimonio ipsa repetit, aut heredes ejus, aut illi, ad quos pacto dotali, quod testamento mutatum non est, dos in matrimonium collata reditura erat; imo in quibusdam locis ex statuto dos data vel pars ejus apud maritum superstitem remanet, sicut donatio propter nuptias apud uxorem. Confer Wesembecium *paratitl. Pand. b. t. n.* 4. & 6. Sande *decis. frisic. lib.* 2. *t.* 2. *defin.* 5. Ant. Thesaurum *decis.* 190. Pater vero non aliter repetit, quam si aut filiæ heres existat, aut sibi specifice dotem reddi stipulatus sit, Groenewegen *ad l. ult. C. de dotis promiss. num.* 11. & *ad l. unic.* §. 11. & 13. *C. de rei uxor. act.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 1. *cap.* 15. *n.* 20, Nec tantum per actionem, sed & mediante retentione, vidua rerum suarum restitutionem persequi nunc potest, ut & earum, quæ ex pacto dotali superstiti cedere debent; eumque in finem non modo in domo mariti mortuaria remanere, sed & prædiorum mariti tum allodialium tum feudialium possessionis incumbere donec hæc omnia ipsi restituta sint, Carpzovius *defin. for. par.* 2. *const.* 25. *defin.* 8. 9. 10. & *multis seqq.* Berlichius *conclus. practic. par.* 2. *conclus.* 52. Mynsingerus *cent.* 6. *observ.* 45. *num. ult.* Wesembecius *paratitl. ff. b. t. n.* 6. *in med.* D. Someren *de jure noverc. cap.* 7. *num.* 6. 7. Parens p. m. Paulus Voet *ad* §. 3. *Instit. de donation. num* 6. & *ad* §. 29. *Inst. de action. num.* 2. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 37. *num.* 3. usque adeo, ut, si vidua callidis heredum mariti persuasionibus inducta fuerit, ut de possessione discederet, quasi mox ei illa, quæ debentur, restituenda aut præstanda essent, neque tamen solutio sequatur, desiderare possit, sibi tanquam spoliatæ restitui ante omnia possessionem, uti post alios tradit Leeuwen *d. lib.* 4. *cap.* 37. *n.* 4.

10. Non aliter tamen soluto matrimonio dos repetitur, quam si vere numerata sit; ne alioquin non numeratæ dotis exceptione actor repellatur, de qua *t. de jure dot. n.* 17. Nisi per notabilem mariti culpam aut factum steterit, quo minus numeratio secuta sit; veluti, si dos a patre vel extraneo promissa ad mulierem superstitem reverti debeat, & maritus cum dotis promissore pactum iniverit de dote non petenda, aut acceptilatione eundem liberaverit, *l. si socer* 44. §. 1. *l. pen.* §. *pen. ff. b. t.* vel, cum debitor mulieris aut alterius promissoris dotis causa delegatus esset marito, is neglexerit convenire debitorem, *l. si extraneus* 35. *ff. de jure dot.* Quod si vel pater mulieris, vel extraneus ex liberalitate liberaque voluntate dotis fecerit promissionem, viri periculo esse non debet, quod non rigidius promissores adegerit ad dotis exsolutionem, ex ratione ab Ulpiano tradita in *d. l.* 33. *ff. de jure dot.*

11. Et olim quidem mobilium datorum restitutio annua bima trima die facienda erat, sed jure novo intra annum; immobilium vero tum veteri tum novo jure protinus a soluto matrimonio repetitio permissa fuit, *l. unic.* §. *cum autem* 7. *C. de rei uxor. act.* Pro qua mobilium restitutione etiam mulier soluto matrimonio recte fidejussionem a viro desiderat, in tantum ut, eo illam non præstante, judex habita ratione compensationis, seu pensata utilitate medii temporis, ipsum ad præsentem debeat restitutionem condemnare; quo casu mulier etiam invita restitutionem admittere tenetur, nec ferenda est, si dicat magis se velle dilationem pati, quam in repræsentatione deductionem, *l. si constante* 24. §. *quotiens* 2. *ff. b. t.* Plane, si quæ mobilia ad funus mulieris in matrimonio mortuæ essent necessaria, continuo socer agendo consequi poterat, ut impensam funeris præsentem reciperet; cætera dotis statuto tempore solverentur, *l. si filiafamilias* 60. *ff. b. t.* Sed & mores mariti graviores olim id efficiebant, ut statim, leviores, ut intra sex menses teneretur restituere. Ulpianus *in fragm. t. de dotibus* 6. §. 13. Nostris denique moribus illico a soluto matrimonio, aut saltem post elapsum sex septimanarum spatium, vel quamprimum repertorium bonorum confectum fuerit, ubi ad dotem recuperandam & definiendam dotis reddendæ quantitatem inventario opus est, restitutionem dotis in universum fieri, receptum est, Groenewegen *ad d. l. unic.* §. 7. *C. de rei uxor. act.* Perezius *t. C. de rei uxor. act. num. ult.* Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 29. *Inst. de action. n.* 2.

12. Restituenda vero dos cum suis accessionibus, qualis est alluvio fundorum, partus ancillarum dotalium, *l. plerumque* 10. §. 1. 2. *ff. de jure dot.* hereditas aut legatum servo dotali non contemplatione mariti relictum, *l. unic.* §. *cumque* 9. *C. de rei uxor. act. l. hinc quæritur* 19. §. 1. *ff. de peculio*, *l. si marito* 31. §. *ult. ff. b. t.* ea quoque, quæ per maritum ex rebus dotalibus percepta aut occupata sunt, cum in fructu non essent, veluti arbores non cæduæ, & alia similia, *l. fructus* 7. §. *si fundum.* 12. & 13. *ff. b. t.* quin & fructus ante matrimonium inde percepti, quasi dotis facti, *l. si ante* 6. *l.* 7. §. *apparet* 4. *ff. b. t.* uti & illi, qui post matrimonium solutum percepti sunt, ita ut anni postremi fructus dividantur pro rata temporis, quo constitit matrimonium *d. l.* 7. §. 1. & *seqq.* junct. *l. de divisione* 5. *l. si marito* 31. §. *ult. ff. b. t. l. unic.* §. *cum autem* 7. *in fine C. de rei uxor. actione.* Vide Petrum Barbosam ad *d. l.* 7. §. 1. (quæ ipsi est *l.* 8.) *ff. b. t.* & vulgo DD. ad *d. l.* Cujacium *lib.* 14.

observ. 22. Idemque est, si non annis singulis, sed sex mensibus singulis, aut singulis quinquenniis (ut in sylva cædua) fructus renascantur: uti & in eo, quod ex more præter annuam mercedem singulis quinquenniis pendi solet, *d. l.* 7. 8. *ff. h. t.* Quæ, tanquam rationi & æquitati convenientia etiam moribus Hollandiæ & Ultrajectinis comprobata omnino sunt in fructibus civilibus, puta pensionibus, usuris, annuis reditibus, Groenewegen *ad l.* 54. *ff. de donation. inter vir. & uxor.* Wesel *de connubiali societ. tract.* 2. *cap.* 2. *n.* 161. In naturalibus vero atque industrialibus magis placuit id observari, quod in fructuario jus civile comprobavit, fundos scilicet dotales in eo statu esse uxori aut heredibus ejus restituendos, in quo sunt ipso illo momento, quo matrimonium dissolvitur, plenos scilicet fructibus, si illi tunc pependerint; vacuos, si illi tunc a solo separati fuerint; ita tamen, ut eo casu, quo fundi dotales pleni fructibus restituendi sunt, sumtus quoque fructuum pendentium quærendorum gratia prorogati reddi debeant; in totum quidem, si eos maritus de suo expenderit; pro semisse vero, si de communi; licet de refusione impensarum contra scribat de consuetudine Hollandiæ Groenewegen *ad d. l.* 7. *ff. h. t.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 1. *cap.* 15. *num.* 20, versu, *adventitia.* Quid alibi obtineat, latius enarratum vide apud Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 2. *n.* 157. *& seqq.*

13. Non tamen cum dote reddenda alimenta, quæ forte pater aut mater mulieris dotatæ subministravit conjugibus constante matrimonio, cum sese ad illa non obligasset, etiamsi uniformis alimentorum præstatio, seu certi alicujus annui ad alimenta datio, probari posset. Sande *decis. frisic. lib.* 2. *t.* 5. *defin.* 4. Groenewegen *ad l.* 20. *ff. de in rem verso.* Idemque est, si quæ modicæ donationes aut munera per uxoris parentem uxori data sint, quippe quæ sub acquæstu contineri, dictum fuit in *t. de pactis dotal n.* 45.

14. Si res in dotem datæ per maritum stante matrimonio venditæ sint, præsupposita ex lege aut more vendendi licentia, ex soluto reddendum videtur uxori vel ejus heredibus pretium illud, quod venditio bona fide facta est, maxime ubi ita jus est, ut maritus de bene aut male administratis rationem reddere obstrictus non sit. Sane si quid uxoris fraudandæ causa factum doceri potuerit, ei aut heredibus ejus non debet fraudi esse, arg. *l. si circumscripta* 6. *C. h. t.* & per ea, quæ *in t. de ritu nupt. num.* 54. dicta sunt. Wassenaar *pract. judic. cap.* 11. *n.* 101. Nam etsi verum sit, maritum apud nos nec culpæ, nec doli stante matrimonio perpetrati rationem reddere, quoties suo dolo sibi pariter uxorique nocet, veluti luxu patrimonium dissipando; tamen ferendus non videtur, ubi id unum callide agit, ut suam defraudet uxorem, & dolosa vilissimi pretii venditione rerum dotalium inanem ei aut heredibus efficiat, aut saltem extenuet dotis repetitionem. Quod si maritus suas aut uxoris res stante matrimonio distraxerit pretio annua bima trima die solvendo sine additamento usurarum, & ante elapsum omnium pensionum tempus matrimonium dissolvatur, ei quidem, cujus res fuit, cedere debet pretium ejus, ubi venerit dies pensionis cujusque adhuc solvendæ, quoties communio universalis inter conjuges exclusa est; sed interusurii medii temporis rationem haberi, seu, usuras pensionum tardius solvendarum de communi præstari ei, cui pretium cedat, æquum non est; cum emtor ob indultas solutionis inducias probabiliter majus obtulerit pretium quam fuisset oblaturus, si in continenti universum debuisset pretium repræsentare.

15. Qua vero ratione ususfructus in dotem datus soluto matrimonio ad mulierem revertatur, sive illa rerum suarum usumfructum marito dotis titulo constituerit, sive datum sibi ab extraneo usumfructum marito ad sustinenda matrimonii onera concesserit, sive extraneus pro muliere dotem constituturus marito rerum quarundam usumfructum dederit, sive denique mulier ipsa nubens usumfructum sibi competentem in rebus mariti propriis eidem cesserit dotis causa, explicat *l. usufructu* 57. *ff. h. t. l. si ususfructus* 66. *l. cum in fundo* 78. *ff. de jure dot.*

16. Præter dotem, & alia jam recensita, lucri quoque stante matrimonio quæsiti partem dimidiam soluto matrimonio reddi oportere, certum est ex iis, quæ in *t. de pactis dot. num.* 28. *& seqq.* scripta sunt: in quo lucro si res quædam individuæ sint, licitatio & adjudicatio plus licitanti facienda est, perinde uti id inter coheredes in familiæ erciscundæ judicio fieri adsolet: aut ad publicam procedendum venditionem, D. Someren *de jure novercar. cap.* 7. *sect.* 1. *n.* 11. Ut tamen ex lucro tanto minus conjux aut heredes ejus percipere debeat, quanto minus re ipsa in matrimonii subsidium contulit, quam tabulis dotalibus promissum fuerat, computatis simul usuris aut fructibus, qui percipi potuissent, si promissa fuissent suo tempore collata; sive naturaliter promissa non præstiterit; sive res quidem promissas dederit, sed pignori devinctas, aut onere alio gravatas, & onus occultaverit, aut alioquin æs alienum, quo laborabat, dissimulaverit, illudque stante matrimonio ex communi pecunia solutum sit: eo quod quisque in dubio bona creditur absque ullo æris alieni onere in dotem dedisse, si nihil de eo expressum sit, arg. *l. subsignatum* 39. §. 1. *ff. de verb. signif.* Neostadius *Curiæ supr. decis.* 120. & *de pactis dotal. observ.* 11. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 12. *n.* 13. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 1. *cap.* 15. *num. ult. in fine*, Groenewegen *ad authent. sed quæ, C. de pactis conventis*, Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 1. *n.* 41. *& seqq. & num.* 53. *& seqq.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 100. Adde *t. de ritu nuptial. num.* 80.

17. Conveniri potest ad dotis restitutionem maritus, vel mariti pater seu socer, si is dotem acceperit od id, quod maritum filiumfamilias in sua habebat potestate, *l. fructus* 7. §. *interdum* 15. *in fine*, *l. rei judicatæ* 15. §. *ult. l. si cum dotem* 22. §. *transgrediamur* 12. *l. si post divortium* 27. *ff. h. t. l. si socero* 10. *Cod. eod. t.* fidejussores quoque, qui apud extraneum quocunque tempore, vel apud mulierem non stante sed soluto matrimonio pro dotis restitutione intercesserunt, *l. exceptiones* 7. *ff. de exception. præscrip. & præjud. l. si constante* 24. §. *quotiens* 2. *ff. h. t.* & horum omnium heredes, *l. maritum* 12. *l. rei judicatæ* 15. §. 1. *l. si marito* 31. §. *pen. l. si socer* 44. §. 1. *l. qui dotem* 46. *ff. h. t.* sic ut & matri actio detur de sua dote contra suos liberos; aut filiæ contra suum patrem, si marito defuncto heredes sint, *l. etiam filios* 18. *l. si socer* 44. *ff. h. t.* denique publicatis bonis ejus, qui ad dotis restitutionem con-

veniri poterat, adversus fiscum agi posse placuit, *l. si marito* 31. *pr. ff. h. t. l. secundum* 2. *C. h. t.*

18. Forum competens quod attinet, facienda dotis repetitio illo in loco, in quo maritus domicilium habuit, licet alibi instrumentum dotale conscriptum & nuptiæ contractæ sint, eo quod ipsa mulier per conditionem matrimonii protinus in mariti domicilium translata fuit, *l. exigere* 65. *ff. de judiciis.* Lamb. Goris *adversar. tract.* 1. *cap.* 6. *n.* 3. Nummorum tamen in dotem datorum æstimationem non ex domicilio mariti, sed ex loco nuptiarum contractarum dotisque tunc numeratæ spectandam esse, monet Perezius *ad tit. C. de rei uxor. act. n.* 17.

19. Cæterum variis ex causis cessat dotis repetitio; puta, si jam stante matrimonio reddita sit ex justis causis supra recensitis *n.* 2. Si statutum dotem dotisve partem conjugi superstiti tribuat, aut pactum de lucranda dote fuerit interpositum, & casus existat, quo potuit illud locum habere; de quo in *tit. de pactis dot. n.* 18. Si divortium mulieris culpa factum sit, *nov.* 117. *cap. quia vero plurimas* 8. §. 2. Adde Christinæum *ad Leg. Mech. tit.* 2. *art.* 13. *num.* 9. vers. *alias autem, et num.* 10. 11. 13. Groenewegen *ad nov.* 117. *cap.* 8. Ant. Matthæum *de crimin. lib.* 48. *tit.* 3. *cap.* 7. *num.* 14. nisi maritus uxorem in adulterio deprehensam occiderit, arg. *l. si ab hostibus* 10. §. 1. *ff. h. t. l. indignum* 3. *l. si inimicitiæ* 9. *ff. de his quæ ut indignis*, juncta *l. si adulterium* 38. §. *Imperator* 8. *ff. ad leg. Jul. de adulter. l.* 1. §. *ult. ff. ad leg. Cornel. de sicariis*, *l. Gracchus* 4. *in fine C. ad leg. Jul. de adulter.* vel ipse quoque adulter sit, lenociniumve uxoris suæ exercuerit, *l. viro* 39. *l. cum mulier* 47. *ff. h. t.* vel mulier liberos habeat, quibus ea reservanda est, *d. nov.* 117. *cap.* 8. §. 2. vel adventitiam dotem extraneus in continenti sibi reddi stipulatus sit, *l. si dotem* 24. *C. de jure dot. l. dubium* 3. *C. de repudiis*, vel cum profectitia esset, ad patrem soluto matrimonio reverti debuerit, sive ex jure patriæ potestatis, sive ex pacto in continenti adjecto, secundum ea, quæ superius exposita, *nov.* 22. *cap.* 19. Cessat quoque dotis integræ restitutio ob beneficium competentiæ, quoties solvendo esse desierunt nonnulli ex his, qui ad dotem reddendam conveniri possunt; qualis est maritus & liberi ejus ex eodem matrimonio procreati, socer qui pro suo filiofamilias dotem suscepit, non item heredes, aut dotis restituendæ fidejussores; ac ne ipse quidem maritus, liberi, socer, quoties dolum commiserunt, dolove fecerunt, quo minus facere possint, *l. maritum* 12. *l.* 13. *l.* 14. *pr. et* §. 1. *l.* 15. *pr. et* §. *seqq. l.* 16. *l.* 18. *pr. et* §. 1. *ff. h. t. l. exceptiones* 7. *ff. de exception. præsc. et præj.* Nec interest respectu personarum hoc beneficio gaudentium, utrum uxor ipsa dotem repetat, an pater, an heredes uxoris, aut fiscus in casu, quo bona mulieris publicata sunt, an secundus maritus, cui prior post divortium ad dotem restituendam delegatus fuit, *l. si post divortium* 27. *l. si prior* 32. *l. si maritus* 36. *ff. h. t.* Et quamvis non ubique hoc beneficium marito per mores assertum sit, in Hollandia tamen id ei etiamnum defendi, auctor est Groenewegen *ad* §. 37. *Instit. de action.* Adde Zypæum *notit. juris Belgici tit. de jure dot. in fine.*

20. Cessat denique dotis restitutio, quatenus illa sine mariti dolo lata ac levi culpa, nec non negligentia tali, quam in sui rebus adhibere non solet, periit, *l. semel mora* 25. *l. pen. pr. l. ult. ff. h. t. plerumque* 10. §. 1. *l. in rebus* 18. *pr. ff. de jure dot.* Ut tamen quandoque solus dolus a marito præstandus sit: licet enim pacto dotali id agi nequeat, ut solus dolus in dote præstetur, *l. Pomponius* 6. *ff. de pact. dotal.* tamen ex quo maritus soluto matrimonio dotis obtulit restitutionem, & mulier in mora fuit ejus recipiendæ, de solo dolo obstrictus est; nisi postea rursus ipsa incipiat in mora esse; cum vulgo posterior mora priorem purget, *l. si mora* 9. *l. semel mora* 26. *ff. h. t.* Culpæ vero per maritum regulariter præstandæ accensenda nimia in jumenta dotalia aut servos sævitia, *l. si constante* 24. §. *si maritus* 5. *ff. h. t.* uti &, si non utendo maritus amiserit servitutem prædio dotali debitam, aut usumfructum sibi in dotem datum, cum proprietas non ad mulierem, sed alium pertineret, *l. cum in fundo* 78. §. *quod si mulier* 2. *ff. de jure dot.* si debitorem sibi delegatum in dotis constitutione liberaverit, aut debitum ab eo mature non exegerit, isque interim desierit solvendo esse, *l. si extraneus* 33. *l. vir ab et* 49. *ff. de jure dot.* si propter omissam impensæ necessariæ erogationem res dotalis deterior facta sit; nisi alio casu fortuito, & non neglectæ refectionis occasione periisset; veluti si, cum maritus domum non fulcisset, ea non ruina, sed incendio consumta sit, *l. et in totum* 4. *ff. de impens. in res dot. factis.* Et hæc ita, si dos inæstimata sine dolo aut levi culpa mariti perierit; vel æstimata quidem, sed cum æstimatio tantum facta esset ut summa declararetur, non venditio contraheretur, arg. *l. cum post* 69. §. *cum res* 7. *ff. de jure dot.* Sed si æstimatio venditionem fecerit, videndum, utrum ante nuptias, an vero matrimonio jam contracto dos æstimata perierit, si ante nuptias, totius quidem rei dotalis interitus omnimodo ad uxoris damnum spectat, ut & partis interitus, quoties nuptiæ deinceps secutæ non sunt; iis vero deinceps contractis partialis interitus ac deterioratio maritum gravat: eo quod æstimatio rei dotalis ante nuptias datæ conditionalem facit venditionem, *si nuptiæ sequantur*; cujus hic ordinarius effectus est, ut deficiente conditione & totale & partiale rei damnum ad venditorem pertineat; ea vero existente totale damnum, quod interim supervenit, venditori noceat, emtori partiale, si non aliud actum sit, *l. plerumque* 10. §. *si ante* 4. *et* 5. *l. in rebus* 17. §. 1. *ff. de jure dotal.* junct. *l. necessario* 8. *ff. de peric. et commodo rei vendit.* Sin demum post nuptias res æstimata perierit, vel deterior sit reddita, mariti damno hoc totum erit, eo quod plenissimo & irrevocabili jure dominus effectus est, ac res suo solet domino perire, *d. l. plerumque* 10. *pr. ff. de jure dot. l. æstimata res* 51. *ff. h. t.* junct. *l. pignus* 9. *C. de pign. act.* nisi placuisset, ut esset in arbitrio mariti, utrum rem an pretium restituere vellet; tunc enim totalis quidem interitus rei efficeret, ut ad æstimationem maritus teneretur, dum rem restituere nequit; at diminutio ejus atque deterioratio circa culpam mariti contingens uxorem gravaret, quatenus maritus liberari potest deterioratam restituendo, *d. l. plerumque* 10. §. *ult. l.* 11. *ff. de jure dot.*

21. An autem moribus nostris maritus culpam in rebus dotalibus præstare debeat, non adeo expeditum est. Illud quidem constat, si nihil ex bonis mariti post deductum æs alienum supersit, nihil quoque uxori restituendum esse; quippe quæ omnibus mariti creditoribus, qui stante matrimonio crediderunt, post-

ponenda est, adeoque nihil recipere potest ubi nihil superest, sive dolo sive culpa sive casu res dotalis perierit aut diminuta sit, aut etiam jure maritalis potestatis in alium translata, sive statutaria bonorum omnium, sive sola acquæstuum communio inter conjuges viguerit. Quod si mulier speciatim dotem sibi salvam pacta sit, & jus Romanum hac ratione reduxerit, secundum ea, quæ *tit. de pactis dot. n.* 52. dicta sunt, justum erit, eam quoque circa res dotales culpam a marito præstari, quam ius civile sic pacto reductum præstari jubet. Sed &, si pactum antenuptiale ut dos mulieri salva sit, secundum locorum aliorum mores nihil in præjudicium creditorum operari possit, nec uxori pro dote prælationem tribuat; tamen ex eo, quod dimissis creditoribus in bonis mariti superest, recte uxor heredesve ejus desideraverint, dotem reddi, quam salvam fore uxor pacta erat, adeoque æstimationem præstari eorum, quæ dolo lata vel levi culpa mariti extincta aut deteriora facta sunt; cum ea ratione saltem, quantum ad ipsos conjuges attinet, Romana dotium jura vi pacti dotalis reducta intelligantur. Diversum esset, si bonorum omnium communio inter conjuges obtinuerit, & dimissis omnibus creditoribus adhuc aliquid ex rebus conjugum communibus supersit; cum id omne æqualiter inter superstitem & defuncti heredes dividi debeat, nec ulla de doli aut culpæ præstatione quæstio esse possit: dum & dolo & negligentia & luxu mariti dissipatæ in universalem veniunt communionem, ut traditum in *tit. de ritu nupt. n.* 52. *et* 82. Plane si sola acquæstuum communio inter conjuges viguerit, hactenus soluto matrimonio videtur doli & culpæ præstatio, convenienter juri Romano, circa res ab uxore vel marito in subsidium matrimonii collata admittenda esse, quatenus mulieri suæ res integræ reddendæ sunt, & vicissim marito illæ, quas ipse contulit, non tantum, si integræ existant, sed & si dolo aut levi culpa mariti extinctæ vel corruptæ, vel per maritum alienatæ sint; eo quod maritus stante matrimonio talem rerum suarum aut uxoriarum deteriorationem corruptionemque per suum dolum aut culpam communi suo atque uxoris periculo facit; dum damnum ex dolo aut culpa mariti stante matrimonio superveniens communioni lucri ac damni imputandum ac communiter ferendum est, adeoque vel ex acquæstu seu superlucratis utrique conjugi præstandum, vel, si lucrum nullum appareat, ex conjugis utriusque bonis reliquis æqualiter reparandum. Cum ex adverso damnum, rebus alterutrius conjugis stante matrimonio superveniens, communiter ferendum non esset vi pacti aut statuti, solam acquæstuum communionem inducentis, si sine culpa conjugum res eorum collatæ perierint, aut deteriores factæ sint, sed magis res unaquæque, secundum generales juris regulas, suo deberet domino perire, ut dictum *tit. de pactis dot. n.* 49. Confer Argentræum *ad consuet. Brit. art.* 419. *gloss.* 2.

22. Sicut autem maritus dotem uxori restituit, aut heredibus ejus, ita marito cavendum vicissim fuit variis ex causis, ne in damno hæreat; veluti ne uxor cum præjudicio mariti recedat a prædii dotalis locatione per maritum bona fide facta ultra tempus, quo matrimonium diremptum est, *l. si filiafamilias* 25. §. *ult. ff. h. t.* Adde *tit. locati num.* 17. uti & de indemnitate, quoties maritus stante matrimonio ratione ædium dotalium vitiosarum cavere vicino de damno infecto compulsus fuit, *l. cum mulier* 56. *ff. h. t.* arg. *l. ipsi quoque* 19. *ff. de rei vindic.*

23. Præter dotem, seu in genere res a conjugibus collatas, superstes insuper petit lucra illa, quæ vel ex pacto vel ex statuto ei debentur. Quod expeditum, si morte matrimonium dissolutum sit: sin divortio, nocens quidem nullam lucri talis, quod *doerii* appellatione denotatur, persecutionem habet; insonti vero illud videtur, ne ex alieno scelere ipse læsus ac injuria affectus pecuniæ insuper damnum sentiat. Ut tamen non protinus a tempore divortii, sed magis a morte demum conjugis nocentis doerii illius exactioni locus sit; tum quia necdum existit dies ille, in quem conceptum est statuto vel pacto *doerii* debitum, puta, mortis tempus; tum quia etiam post divortium tentanda adhuc inter conjuges conciliatio, nec deficit in universum matrimonii redintegrandi spes; tum denique, quia divortio facto etiamnum incertum est, an conjux insons nocenti superviturus sit, ac nullum insonti, nisi supervivat, quæsitum videri possit *doerii* jus, Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *c.* 4. *n.* 39. *& seqq.* Et hæc ita, si causa dissolutionis non imponat nocenti dotis aut propter nuptias donationis amissionem, cum alioquin frustra disputetur, an & quando doerium insonti quæratur, cui statim a tempore dissoluti matrimonii dos integra in lucrum cedit, in pœnam nocentis.

24. Quod si certa quædam res, veluti molendinum aut domus, designata sit pactis dotalibus, aut doerii titulo apud superstitem remaneat, ac illa stante matrimonio perierit, rursusque domus alia in locum destructæ fuerit ædificata, magis est, ut existente doerii casu fundus tantum atque rudera domus collapsæ peti possint, non vero nova domus, nisi petens impensas in eam factas refundere paratus sit; eo quod ambiguum non est, quin hoc casu doerii debitum sit speciei debitum; debitor vero speciei liberatur interitu rei sine suo ac culpa eveniente, nec ultra videri potest obligatus mansisse, quam quatenus aliquid ex re debita superest, nihil autem superest præter aream & rudera, cum nova domus diversa plane sit ab ea, quæ in obligationem *doerii* deducta fuit, *l. si ex legatis* 23. *ff. de verbor. oblig.* arg. *l. si grege* 22. *in fine ff. de legatis.* 1. Præsertim, si consideres, ipsum illum conjugem, cujus fuit domus, soluto matrimonio recipientem fundum suum cum nova domo, in locum collapsæ reposita, obstrictum esse, ut impensas in eam factas in totum aut pro parte refundat, in totum quidem, si omnis acquæstuum communio exclusa fuerit, pro parte vero, si ea inter conjuges probata sit; de quo latius in *tit. de impens. in res dot. factis.* Nec recte cum auctoribus consilii, quod occurrit in Resp. Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 74. objeceris *l. quid tamen* 10. §. *non tantum* 1. *&* §. *pen. ff. quib. mod. ususfr. amit.* cum illic de usufructu finiendo quæstio sit, ac ne in legatis quidem ab usufructu legato pereunte ad inducendum interitum legati proprietatis argumentum procedat, longeque facilius ususfructus, quam proprietatis legatum extinguatur, secundum ea, quæ in *tit. quib. mod. ususfr. amit. n.* 8. 9. 10. dicta sunt. Similiter non adversatur *l. lana legata* 88. §. *nave* 2. *ff. de legatis* 3. cum illa de legatis agat, in quibus ut plurimum non juris, sed voluntatis quæstio vertitur, ac

inspicitur testatoris solius voluntas, qualis illa fuerit & an duraverit, an vero mutata videatur, sicut id circa factorum species in *d. l.* 83. propositas apertum, est, si conferas *l. servum filii* 44. §. 2. 3. 4. *ff. de legat.* 1. ac proinde a legatis ad contractus non ubique satis tuto argumentabimur, dum in contractibus non unius, sed utriusque contrahentis voluntas spectatur, arg. *l. si mihi & Titio* 110. §. 1. *ff. de verb. oblig.* junct. *l. inter vestem* 33. *ff. de auro argento mundo &c. legat.* Non obstat denique, quod alibi traditum est, destructa domo oppignorata iterumque per debitorem ipsum restituta, creditorem idem jus pignoris habere in nova domo, absque necessitate refundendi impensas in novæ domus instaurationem factas, per *l. ult. ff. de pign. & hypoth.* in *tit. pignor. & hypoth. num.* 4. Nam nec pignoris eadem, quæ principalis debiti, (quale hic doerium) ratio est; cum, collapsa domo, ex pacto dotali sive ex alio contractu debita, evanescat ipso iure obligatio ad domum; quam cum debitoris præjudicio sine nova conventione reviviscere iniquum est. At si domus oppignorata post exustionem iterum ex suis ruderibus resuscitetur, & ob id vinculum pignoris in nova domo nascatur, nullum inde debiti principalis augmentum fit, sicut interitu nulla debiti principalis diminutio facta fuit; sed manet debitum tale, quale fuit ante pignus constitutum, ac quale post domus interitum superfuit, dum pignus tantum creditori securitatem præstat; & quodammodo debitoris ipsius voluntate tacita pignus in nova domo renascitur; quippe cujus illa intelligitur mens fuisse, ut quam maxime creditori debitum in tuto sit, arg. *l. ult. C. quæ res pign. oblig. poss.* quod tunc maxime est, cum & nova domus oppignorata habetur; si modo sine tertii læsione ac fraude fiat; unde &, si non ipse debitor, verum tertius bonæ fidei possessor, collapsam instaurasset domum pignoratam, non sine impensarum deductione sibi creditor jus pignoris in nova posset domo vindicare, *l. Paulus respondit* 29. §. *pen. ff. de pignor. & hypoth.*

25. Non tamen superstes conjux pro doerio, sibi pactis dotalibus promisso, in bonis conjugis defuncti legalem habet hypothecam, non magis, quam pro jocalibus seu dono matutino, nuptiarum tempore præstando, quippe quæ non aliter, quam dimissis defuncti creditoribus superstes præcipit, etiamsi maritus res quasdam specialiter pro doerii præstatione pignori obligasset. Diversum obtinet ex locorum quorundam usibus, ubi non conventionale, sed statutarium doerium superstiti addictum est, cujus intuitu non concursum tantum cum aliis creditoribus, sed & prælationem insignem tribuunt; quæ omnia latius exsequitur Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *c.* 11. *n.* 39. 40. 41. 42. & *c.* 19. *n.* 31. Adde Hug. Grotium *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *c.* 12. *n. ult.*

26. Si, doerio per pactum dotale constituto, conjuges postea sibi invicem bonorum omnium usumfructum legent, peremta inde censeri non debet ad doerium obligatio, si in certæ quantitatis aut certæ rei præstatione semel implenda consistat, sed & doerium jure dominii acquiretur superstiti, & cæteris in rebus ususfructus eidem intelligetur constitutus; cum duplex hoc debitum ex causis duabus toto genere diversis descendat, ex contractu alterum, alterum ex suprema morientis voluntate. Sin annuum quid in tempus vitæ doerii titulo promissum sit, magis est, ut per legatum omnium bonorum usumfructum obligatio doerii annui, velut compensatione quadam ac confusione, absorberi videatur; dum constat, eum, cui omnium bonorum ususfructus competit, etiam annuis alimentis, reditibus, aliisque similibus præstationibus identidem recurrentibus obnoxium esse, & ex fructibus debere exsolvere, arg. *l. usufruct. legato* 7. §. *quoniam* 2. *ff. de usufructu & quemadm. quis utat.* Neostadius *curiæ Holl. decis.* 11. *in med.* adde *tit. de usufructu n.* 37. *in fine.* Non idem dicendum, si præmoriens omnium bonorum usumfructum non legaverit, sed tantum majorem quantitatem annuam, quam pacto dotali expressa fuerat; tunc enim & annuum titulo doerii ex pacto debitum, & insuper integra quantitas major annua legato comprehensa, per superstitem recte exigitur, si legans non expresserit, se compensandi animo annuam legasse quantitatem, arg. *l. unic.* §. *primum* 3. *C. de rei uxoriæ act.* Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 5. *num.* 19. & *seqq.* & 25. 26. 27.

27. Cujus vero loci statutum spectandum sit circa doerium, sive pactitium, sive statutarium, vide apud Rodenburch *de jure conjugum tract. præliminar. de statutor. diversit. tit.* 2. parte altera, *cap.* 4. *n.* 5. *et t.* 3. parte prior. *c.* 4. *n.* 1. 2. 9. De æris alieni tum stante matrimonio, tum ante nuptias ab alterutro conjuge contracti onere atque solutione post diremtas nuptias, actum fuit in *t. de ritu nupt. num.* 52. 80. *et seqq.* & *t. de pactis dotal. n.* 50. *et seqq.* Et quæ per liberos parenti vel novercæ aut vitrico superstiti conferenda sint, ut inter eos & superstitem divisio seu separatio bonorum instituatur, dicendum erit ex professo *in tit. de collationibus.*

28. Licet autem soluto matrimonio dirimatur & ea, quæ inter conjuges obtinuit, sive bonorum omnium sive acquæstuum communio; eo modo, quo & societas morte unius socii secundum vulgata juris principia dissolvi solet, §. *solvitur* 5. *Inst. de societate*, *l. societatem* 4. §. 1. *l. adeo morte* 59. *l. actiones* 65. §. *morte* 9. *ff. pro socio*, Respon. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 105. 133. *quæst.* 1. & *consil.* 161. *quæst.* tamen ex multarum regionum statutis aut consuetudinibus inveteratis communionis continuatio inter parentem superstitem & defuncti liberos tum primi, tum ulterioris gradus, idque in liberorum ipsorum gratiam, recepta fuit, donec per interpositam aliam sufficientem animi declarationem finem acceperit, sive superstes perstiterit in viduitate, sive ad alia vota transitum fecerit: prout hoc Hollandis, Gelris, Ultrajectinis, Transisulanis, Medioburgensibus, Gallorum plurimis, Burgundis, Hispanis, Gallæcis, Lusitanis, Antwerpiensibus, Mechliniensibus, Lubecensibus placuisse, sed diversimode, tradit D. Joh. a Someren *de jure novercar. c.* 6. *sect.* 2. *n. ult.* & ex parte Lamb. Goris *adversar. tract.* 1. *c.* 9. *n.* 5. 6. 7. Sed sine statuto aut consuetudine satis manifesta communionis hujus prorogatio, tanquam a jure communi societatis recedens, admittenda non est, Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *t.* 5. *definit.* 9. Respon. Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 272. Wesel *de connub. societ. tr.* 2. *cap.* 4. *n.* 67. & *seqq. ibique alii cit.* Sicut nec ultra liberos porrigenda ad heredes conjugis defuncti collaterales aut ascendentes vel extraneos, nisi & extraneis heredibus leges aut mores alicujus loci aperte consultum voluerint, quod rarius esse monet D. Someren *d. c.* 6. *sect.*

2. *n.* 11. licet in Gelria id obtinere doceat Lambert. Goris *adversar. tr.* 1. *c.* 9. *num.* 3. ac Antwerpiæ lex municipalis id aperte probet *tit.* 41. *ar.* 91. *et seqq.* & uti et Daventriæ *par.* 3. *tit.* 2. *art.* 18. Wesel *d. tr.* 2. *cap.* 4. *n.* 70. *et seqq.* Plane, si statutum hanc continuationem communionis cum liberis simpliciter comprobaverit, nec inter liberos majorennes ac minorennes distinctionem adhibuerit, etiam nostrum non erit inter eos distinguere, D. Someren *de jure novercar. cap.* 6. *sect.* 1. *n.* 1. Wesel *de connub. societ. c. tract.* 2. *cap.* 4. *n.* 59. *et seqq.*

29. Sed & in quæstione, quo usque, seu ad quas res sese extendat hæc societatis continuatio, non idem ubique invaluit, Ultrajecti enim in solis acquæstibus, non item hereditatibus et legatis, licet per extraneos relicta essent, continuationem obtinere, cautum est statuto Urbis Ultrajectinæ *rubr.* 28. *art.* 4. *et rubr.* 38. *art.* 5. et hereditates liberis obvenientes non contineri in Gelria, scribit Lamb. Goris *adversar. tract.* 1. *cap.* 9. *num.* 12. Mechliniæ quoque ad hereditates continuationem non extendi, docet Christinæus *ad Leg. Mechliniens. tit.* 16. *art.* 34 *num.* 4. *et seqq.* imo plerisque populis in solis acquæstibus communionis placuisse continuationem, auctor est D. Someren *de jure novercar. cap.* 6. *sect.* 1. *n.* 9. Adde Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 3. *n.* 98. *et seqq.* Ut tamen et hereditatum et legatorum fructus percepti sub continuata acquæstuum communione censeri debeant comprehensi esse, D. Someren de *jure novercarum cap.* 6. *sect.* 2. *n.* 10. Adde *tit. de pact. dotal. n.* 32. Hollandorum plerisque in civitatibus universalis societatis continuatio post dissolutum matrimonium probata est secundum Hugonem Grotium *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 13. *n.* 3. *et* 4. ibique Groenewegen *in notis*. Quod an tunc demum obtineat, cum et inter ipsos conjuges ea intercessit, an vero etiam, cum pacto dotali universalis communio exclusa fuit, ac sola reservata communio acquæstuum, merito dubites. Etenim, si tantum societatis continuatio sit, non ultra acquæstum se potest extendere, quoties non ultra communio ipsis conjugibus probata fuit. Etsi enim verum sit, non per omnia iisdem niti regulis juris communionem post dissolutas nuptias perdurantem, quibus inter ipsos conjuges substitit; adeo ut non perperam dixeris, novam potius, quam continuatam societatem esse, uti ex sequentibus manifestum fiet; tamen vel continuatam, vel surrogatam sese extendere ad res illas, ad quas sese non porrigebat ea, quæ stante matrimonio inter ipsos conjuges viguerat, sine speciali statuto, aut consuetudine longa atque inveterata, non temere asserendum est. Plane illud continuationi societatis haud obest, quod tempore soluti matrimonii pauca, aut nulla bona communia reperta fuerint; nam et inter ipsos conjuges statutaria communio est, licet omnium egeni in nuptias coierint; sufficitque habilitas, et spes acquisitionis ad id, ut societas ineatur, et inita continuetur, Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 4. *n.* 65. Dissentit auctor responsi in Consil. JCtor. Holland. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 26. *n.* 3. 4. 5. An vero in hanc societatis continuationem veniant etiam sumtus in alimenta, in studia, in peregrinationem, in honorem liberorum, aut opificii magisterium, et similis usus erogati, ex iis definiendum est, quæ ad *tit. de collationibus* dicenda erunt. Vide interim D. Someren *de jure novercar. c.* 6. *sect.* 1. *n. ult.* Wesel *de connub. societ. tract.* 1. *c.* 5. *n.* 145. *et seqq.*

30. Non tamen continuatur cum liberis hæc societas, si ipsis damnosa sit, cum potissimum favore liberorum videatur recepta, nec in dispendium torqueri debeant, duriore interpretatione, quæ salubriter pro utilitate alicujus inventa sunt, *l. nulla juris* 23. *ff. de legibus*, *l. quod favore* 6. *C. eod. tit.* Atque hinc etiam statutis Antwerpiensibus *tit.* 41. *art.* 93. diserte cautum, viduum, aut viduam superstitem, diutius absque inventario ac divisione rebus incumbentem, per liberos aut heredes alios compelli posse ad duplicis inventarii confectionem, quorum alterum est bonorum, quæ tempore dissoluti matrimonii extiterunt; alterum eorum, quæ tempore confecti repertorii apparent; ut ita, collatione facta utriusque quantitatis, ac deliberatione habita, eligant, num continuationem societatis amplecti, an magis inspecto patrimonio, quod ipso nuptiarum dissolutarum momento supererat, conjugis prædefuncti bona sibi restitui velint, una cum fructibus, deducto tantum eo, quod arbitrio judicis, aut viri boni pro alimentis liberorum penes patrem matremve superstitem remanere debet, illis saltem in locis, quibus parenti superstiti ususfructus adventitiorum ipso jure non competit, uti id in Hollandia, & vicinis regionibus obtinere in *tit. de peculio n.* 6. dictum fuit. Confer D. Someren *de jure novercar c.* 6. *n.* 2. & *c.* 6. *sect.* 1. *n.* 6. Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *c.* 4. *n.* 91. 92. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 274. *in fine*, aliosque apud D. Someren citatos. Plane, si inter mortem conjugis & tempus illud, quo liberi vel heredes patrimonii ad defunctum pertinentis exactionem faciunt, patrimonium subinde amplius apparuerit, subinde rursus ita diminutum, ut infra quantitatem, quæ tempore mortis erat, substiterit, licentia liberis aut aliis heredibus haud videtur concedenda, ut pro parte temporis continuationem societatis probent, pro parte rejiciant, sed vel in universum eam amplecti debent, considerato patrimonio, quale est tempore petitæ separationis, vel in totum ei renunciare, & exigere hereditatem conjugis defuncti secundum repertorium bonorum, quæ dissoluti matrimonii tempore fuerunt. Unde & in *d. statuto* Antwerpiensi *tit.* 41. *ar.* 93. non nisi duplicis temporis inventarium conficiendum fuit, alterum de quantitate patrimonii, quæ mortis tempore fuit, alterum de mensura bonorum ejus temporis, quo agitur, ut & duplicis illius temporis quantitate perspecta eligant; liberi & heredes cujus temporis patrimonium in exigenda defuncti conjugis hereditate spectatum velint; nulla habita ratione medii temporis, quo forte patrimonium a superstite conjuge possessum, aut pinguius aut tenuius esse potuit, quam tempore mortis, aut petitæ bonorum divisionis. Cui accedit, quod societatis continuatio videtur quid individuum esse, ad instar hereditatis in totum delatæ, per partes haud admittenda, uti ex *l.* 1. & 2. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* argumentatur D. Someren *de jure novercar. cap.* 6. *sect.* 1. *num.* 7.

31. Quod autem a nonnullis scriptum est, superstitem conjugem neque alienare, neque pignori obligare posse res in præjudicium liberorum, quibuscum societatis continuatio est, nisi ad exsolutionem æris

alieni, aut similes alios necessarios, vel saltem utiles usus, quasi non tantum ea, quæ tempore mortis apparent, sed & post solutum matrimonium quæsita, eam firmo jure statim liberis pro parte cederent, ut nec venditione, nec quovis alio alienationis modo iis auferri possint; indeque Antwerpiensi statuto *tit.* 41. *art.* 70. diserte cautum fuisse, ne superstes alienet bona ultra medietatem, quamdiu divisio facta non est: (Videatur Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 13. *in fine*. D. Someren *de jure novercar. cap.* 6. *sect.* 1. *num.* 14. 15. 16. Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 4. *n.* 87. & alii ab iis citati) id mea quidem opinione non alio videtur sensu accipiendum, quam quatenus superstes conjux per alienationem rerum, aut obligationem præjudicare nequit liberis, aut heredibus defuncti vel defunctæ conjugis, si illi respuendam censuerint societatis continuationem, & rebus, quæ tempore mortis apparuerunt, contenti esse velint; sic ut tunc semissem eorum, quæ soluto matrimonio alienata per superstitem aut obligata sunt, evincere possint, & a quibusvis possessoribus avocare. Nam si deprehendentes, defunctum aliquid soluto matrimonio superlucratum fuisse, continationem societatis amplectendam putent, non animadverto, cur non ratas habere tenerentur tum alienationes, tum obligationes rerum, a superstite parente factas; cum ille alienatorum vicem ita novis acquisitionibus rependerit, atque suppleverit, ut ipsis propter lucrum illud adventitium continuatio societatis visa fuerit expedire. Justum utique ac æquum est, ut qui societatis continuationem probat, eam non modo commodi, sed & incommodi intuitu admittat, nec jure quis desiderat, sibi acquisita communicari, nisi simul societatis continuatæ onera & damna agnoscat. Si quæ parens superstes alienaverit in alios ea mente, ut conjugis prædefuncti vel prædefunctæ liberos ea fraudaret ratione, utili actioni Paulianæ ad revocanda in fraudem alienata locus esse poterit, sicut illa daretur, quoties maritus, vivente etiamnum uxore, in fraudem ejus suis propriis donasset propinquis, secundum tradita in *tit. de ritu nupt. n.* 34. sin culpa vel luxuria inutiliter plura superstes absumserit, ita tamen, ut plus ex lucro reliquum sit, quam est in damno per luxuriam dato, & ob id liberi, aliique quibus hoc jus competit, continuationem societatis sibi profuturam autument, est quod sibi gratulentur, se ex aliena industria ac labore lucrum capere, licet id propter luxuriam exercitam minus appareat, quam esse potuisset instituta frugali vivendi ratione; dum interim non periclitantur ex consumtione, ubi ulla amplius quam lucrum medio tempore quæsitum absorbuit; cum suo possint arbitrio non uti continuatione; & ita, quicquid tempore soluti matrimonii extitit, una cum fructibus secundum ante dicta exigendo, extra damnum esse: in quo hæc continuatio (ut hoc obiter addam) ab ipsa societate, quæ constante matrimonio inter conjuges intercedit, diversa est; cum uxori ipsi liberum non sit eligere, utrum lucri & damni particeps esse, an bona illata recipere malit, sed invita damno, quod durante matrimonio maximam forte absumsit patrimonii illati partem, obnoxia esse debeat, si non aliud pactis dotalibus cautum sit.

32. An, si parens superstes ad secunda vel ulteriora vota transierit, habens liberos priores thori, cum quibus ei societati continuatio intercessit, etiam vitricus aut noverca vel bona eorum veniant ad istam societatis continuationem, ac pro qua parte? & an post solutas secundas nuptias liberis prioris thori cum vitrico aut noverca societas ipso jure adhuc continuetur, donec per actus ex consuetudine, vel statuto requisitos dirimitur? uti ancipitis disquisitionis est, ita post rationes omni ex parte pro diversis opinionibus subductas, arbitrio judicis pro circumstantiarum varietate ex æquitate definiendum relinquit post Lamb. Goris *adversar. tract.* 1. *c* 9. *n.* 14. 15. *& in annot.* Abrahamus a Wesel *de connub. societate tract.* 2. *c.* 4. *n.* 73. *& seqq. ad n.* 86. quem omnino vide, & adde D. Joh. a Someren *de jure novercar. c.* 6. *n.* 2. 3. & *c.* 6. *sect.* 1. *n.* 3. Christinæum *ad ll. Mechliniens. tit.* 16. *art.* 30. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 105. 161. & *par.* 2. *consil.* 80. & *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 131. *pag.* 258. & *seqq.* & *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 16. *quæst.* 3.

33. Sistitur vero seu finitur societatis continuatio, si conjux superstes repertorium fecerit, & liberorum minorennium tutoribus, vel ipsis liberis, aut heredibus majorennibus illud obtulerit. Quod si solus liberorum suorum tutor sit, necesse est, ut, quia sibi ipsi exhibere & contradictor atque censor inventarii existere non potest, vel curatorem petat liberis impuberis constituendum ad id, ut nomine liberorum recipiat repertorium, ac contradicat, si quam putet causam subesse; vel saltem proximiores cognati conjugis prædefunctæ per patrem tutorem assumendi sunt, ut liberos ipsos in inventario exhibito excutiendo repræsentent, ac redarguant; quæ perperam scripta sunt, arg. §. *ult. Inst. de auctoritate tut.* Hugo Grotius *manud. ad Jurispr. Holl. lib.* 1. *cap.* 7. *n.* 19. 20. D. Joh. a Someren *de jure noverc. cap.* 6. *sect.* 2. *n.* 2. Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 4. *n.* 127. *& seqq.* Conficiendum vero repertorium intra tempora statutis comprehensa, aut usu inducta, frequentius intra annum & diem a dissoluto matrimonio, ad id ut continuatio societatis non intelligatur ullo modo intercessisse: nam si post illud tempus demum repertorium superstes conficiat, retro ab ipso nuptiarum diremtarum momento continuata censetur societas usque ad inventarii confectionem, & in genere usque ad interpositionem eorum, quæ loci cujusque jura desiderant ad societatis diremtionem. Non enim circa pleraque, hoc repertorium & impediendæ vel dirimendæ continuationis modos spectantia, ex generalibus juris principiis disputari potest, sed locorum singulorum mores considerandi sunt; & ob id, quæ hac occasione ventilari queat, per indicem retulisse suffecerit; veluti, an dirimatur societas per divisionem sine inventario, an per inventarium sine divisione? de quo vide Neostadium *curiæ supr. decis.* 29. *in pr.* Lamb. Goris *advers. tract.* 1. *cap.* 9. *n.* 7. D. Someren *de jure noverc. cap.* 6. *sect.* 2. *n.* 1. 2. Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 4. *n.* 111. *& seqq.* Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 178. & *par.* 2. *vol.* 2. *consil.* 26. *n.* 5. & quæ scripsi *tit. familiæ ercisc. n.* 3. Quid juris sit, posita repertorii necessitate, si illud non fecerit superstes, dum ignorabat, conjugem peregrinantem mortuum esse? D. Someren *de jure noverc. cap.* 6. *sect.* 2. *n.* 1. *in med.* Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 4. *n.* 66. Quid, si metu pestis, incursu hostili, morbo, aut a-

liter repertorium scribere impeditus sit? D. Someren *de jure novercar. cap.* 6. *sect.* 2. *n.* 4. Quid si repertorium non fecerit, cum a conjuge prædefuncto ipsi omnium bonorum ususfructus, liberis proprietas relicta esset? Lamb. Goris *adversar. tract.* 1. *cap.* 9. *n.* 5. 6. D. Someren *de jure noverc. cap.* 6. *sect.* 2. *n.* 3. Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 4. *n.* 134. *& seqq.* Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 170. 171. Quid si repertorium factum quidem sit, sed non debito modo? Christinæus *ad ll. Mechliniens. tit.* 16. *art.* 32. *n.* 2. D. Someren *d. cap.* 6. *sect.* 2. *num.* 1. Quid, si quædam in repertorio sint prætermissa vel consulto suppressa? D. Someren *d. cap.* 6. *sect.* 2. *n.* 7. *& cap.* 15. *n.* 4. Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 4. *n.* 120. *& seqq.* An repertorium continere debeat bonorum æstimationem? D. Someren *d. cap.* 6. *sect.* 2. *n.* 2. An in illud referenda & ea, quæ conjux superstes sibi per defunctum donata contendit? Chassenæus *ad consuet. Burgund. rub.* 4. §. 7. in verbis, *proximorum parentum*, *n.* 16. *& seqq.* Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 62. An jurejurando firmari debeat per solum conjugem superstitem, an vero etiam per liberos, qui in domo morantes simul cum parentibus negotia tractarunt? Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 106. vers. *ten.* 5. Si non præcise desideretur repertorium, sed divisio, vel assignatio bonorum, vel transactio sufficiat ad impediendam societatis continuationem, quid juris, si assignatio non recte facta sit, sic ut liberi eam impugnare possint? D. Someren *d. cap.* 6. *sect.* 2. *n.* 6. Wesel *d. tract.* 2. *c.* 4. *n.* 150. 151. Resp. Jur. Holl. *par.* 2. *cons.* 72. & *par.* 3. *vol.* 1. *cons.* 178. *& par.* 3. *vol.* 2. *cons.* 46. 47. 48. 49. 50. 51. Quid, si parens superstes liberis jam cœperit assignare bona parentis prædefuncti, sed non perfecerit? Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 161. *quæst.* 1. Quid, si iis jam dotem dederit, & illi sic dimissi res suas sibi agant? Lamb. Goris *adversar. tract.* 1. *cap.* 9. *n.* 11. D. Someren *de jure noverc. d. cap.* 6. *sect.* 1. *n.* 2. 3. & 4. Wesel *d. tract.* 2. *cap.* 4. *n.* 139. *& seqq.* Quid, si non omnibus, sed quibusdam tantum liberis dotem dederit, aut bona ad mercaturam exercendam assignaverit? Wesel *d. tract.* 2. *cap.* 4. *num.* 137. *&* 149. Quid, si actum aliquem societatis continuationi contrarium gesserit, vel apud acta declaraverit se nolle communionem continuare, vel privatim in suo rationum libro inter se ac liberos suos divisionem fecerit, cum nec ipsos, nec tutores eorum aut cognatos proximiores adhibuisset? Wesel *d. tract.* 2. *cap.* 4. *n.* 127. 128. 133. An conjux superstes societatis continuationem, per inventarium confectum interruptam, rursus reducere possit; & an intelligatur eam reduxisse, si post confectum repertorium diutius bonis omnibus tamquam adhuc communibus usus sit? Christinæus *ad ll. Mechliniens tit.* 16. *art.* 21. *in addition. in pr.* Charondas *lib.* 2. *responso* 103. Wesel *d. cap.* 4. *n.* 131. 132. Quid juris circa continuationem, si liberi quidam ea durante moriantur, & patrem superstitem fratresque heredes habeant; D. Someren *d. cap.* 6. *sect.* 1. *n.* 11.

34. Cæterum in hac morum, atque statutorum varietate circa societatis continuationem, aut resolutionem, ac resolvendi modos, inventariique confectionem, observanda videtur tantum lex loci illius, in quo conjuges tempore soluti matrimonii domicilium fovebant, licet forte tempore nuptiarum alio in loco, jure diverso utente, maritus domicilium habuisset, ac deinceps matrimonio adhuc constante migrasset; cum primum dissoluti matrimonii momentum vere initium continuationis sit; initium vero negotii cujusque inspici debeat, non id, quod postea supervenit. Neutiquam vero attendenda videtur lex loci, in quo immobilia sita sunt, quæ soluto matrimonio acquiruntur, vel quorum ante quæsitorum fructus in continuatam veniunt societatem; idque argumento eorum, que de statutaria bonorum inter conjuges communione late sunt proposita in *tit. de ritu nuptiar. n.* 85. Confer Lambertum Goris *advers. tract.* 1. *c.* 9. *n.* 13. Christinæum *ad ll. Mechliniens. tit.* 16. *ar.* 34. *in addit.* vers. *sed qui si*, D. Someren *de jure novercar. c.* 6. *sect.* 1. *n.* 13. Neque etiam ullam continuationi societatis mutationem adferre potest, quod superstes post inchoatam societatis continuationem alio migraverit, ubi vel nulla, vel non eo modo continuatio ex lege vel more probata est, per ea, quæ dicta *in tit. de ritu nuptiar. n.* 87. nisi forte in eo, quod superstes ex novi domicilii lege possit societati dirimendæ eum modum adhibere, qui in priori domicilii loco aut non receptus erat, aut minus sufficiens esse credebatur; eo quod, uti in contrahendi, ita quoque in distrahendi modis atque solemnibus servanda videtur lex loci, in quo contractus aut distractus sit, secundum tradita in *tit. de constitut. Principum*, parte altera, *de statutis*, *n.* 13.

35. Quibus autem in locis continuatio societatis ignota est, utilitatem tamen usumque invenit post solutum matrimonium repertorii confectio; in quantum superstes heredibus quibuscunque defuncti conjugis edere tenetur bonorum inventarium, sive universalis bonorum omnium, sive sola acquæstuum communio viguerit; ut ita ad separationem bonorum inter conjugem superstitem, & defuncti successores procedatur. Ac necesse est, ut superstes jurejurando firmet hunc rerum catalogum, quoties id per heredes exactum fuerit: &, si forte superstes moriatur, antequam illud exactum aut præstitum sit, ita mortis interventu firmatur repertorium, ac si jurejurando roboratum esset; cum jusjurandum omne, quod obtulit, aut suscepit, sed morte præventus non præstitit, habeatur pro præstito. Christinæus *ad ll. Mechliniens. tit.* 16. *art.* 42. *n.* 3. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 99. Adde *tit. de jurejurando n.* 24.

36. De jure *massariæ*, quod soluto matrimonio ex locorum quorundam statutis, vel ex pacto dotali, vel ex testamento defuncti conjugis superstiti datum est, (qui vulgo *boeldelbouder, en boeldelbouster* dicitur) ac de quæstionibus ea occasione suborientibus tractationem vide accuratam apud amplissimum D. Johannem a Someren *de jure novercar. c.* 6. *sect.* 1. *n.* 16. 17. *& c.* 7. *& ejusdem capitis sect.* 1. Adde Neostadium *de pactis antenupt. observ.* 25. Hugon. Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 13. Johannem de Castillo Sotomajor *de usufructu c.* 45.

TITULUS PRIMUS.

De impensis in rem dotalem pactis.

SUMMARIA.

1. *Quid sint impensæ necessariæ? Quibus modis facta intelligantur? Quo sensu verum sit, impensis necessariis ipso jure dotem minui? Quid intersit hic inter impensas in præsentem, & in perpetuam rei dotalis utilitatem factas? Quid intersit inter necessarias impensas factas, & faciendas, sed omissas, si casus incendii aut similis rei dotali supervenerit?*
2. *An, & quando moribus hodiernis impensæ necessariæ dotem minuant, aut deducendæ sint? & quo modo æstimandæ, si maritus suum aut uxoris fundum muniverit adversus fluminis edacitatem?*
3. *Quid sint impensæ utiles, & quibus remediis repetendæ, si in dotem factæ sint? An & mediante compensatione? An, & quando moribus nostris utiles impensæ repeti possint, & quo modo æstimandæ? Si maritus molibus jactis sui aut uxoris fundi alluvionem auxerit, quo modo tunc æstimandæ, & an tunc alluvio pertineat ad acquæstus?*
4. *Quid sint voluptuariæ impensæ, & quo usque recuperari possint in dotem facta, jure civili & moribus? quando habeantur pro utilibus?*
5. *Si maritus in fundo dotali lapicidinas aperuerit, an impensam repetat, & cui cedant lapides effecti? & quid moribus?*

1. QUemadmodum soluto matrimonio dos uxori reddenda, ita quoque marito vicissim prospiciendum fuit, ne per impensas in rem dotalem factas in damno hæreat. Et olim quidem propter impensas marito retinendæ dotis licentia tributa, sed jure novo denegata fuit, aliisque modis marito consultum, pro varia impensarum natura ac qualitate, adeoque aliter in necessariis, aliter in utilibus, aliter denique voluptuariis, *l. unic. §. taceat* 5. *in med. Cod. de rei uxor. act.* Necessariæ impensæ dicuntur, quæ habent in se necessitatem impendendi, quibusque non factis res redderetur deterior, seu minueretur, veluti aggeres facere, moles in mare vel flumen projicere, flumina avertere, ædificia vetera fulcire, itemque reficere, arbores in locum mortuarium reponere, olivetum rejectum restaurare, vites propagare, seminaria pro utilitate agri facere, in valetudinem servorum impendere, pistrinum vel horreum prædio necessarium exstruere, ex stipulatione damni infecti præstare, ne committatur, *l.* 1. *§.* 1. 3. *l.* 2. *l.* 3. *l.* 4. *impensæ* 14. *ff. b. t. l. utiles* 39. *ff. de hered. petit. l. impensæ* 79. *pr. ff. de verb. sign.* Ulpianus *in fragm. t. de dotibus* 6. §. 13. in litem pro rerum defensione, aut persecutione erogare, Ant. Faber *C. lib.* 5. *t.* 8. *defin.* 37. solvere ob adjudicationem rei dotalis in communi dividundo judicio, *l. cum in fundo* 78. *§. si fundus* 4. *ff. de jure dot.* Et hæ per maritum factæ in rem dotalem ipso jure dotem minuunt, si modo dos in pecunia numerata consistat, dum vel nil præter pecuniam in dotem collatum, sed inde pro parte fundi ea mente coemti, ut dotales essent; vel partim corpora, partim nummi in dotem dati sunt; vel corpora tantum, sed quædam ex his ita æstimata, ut æstimatio fecerit venditionem; aut etiam omnia æstimata, sed per culpam mariti deteriorata, sic ut inde cœperit ad depretiationis æstimationem devinctus esse. Etenim, quod dicitur, *necessarias impensas dotem minuere*, secundum Ulpianum non ad singula corpora, sed ad universitatem est referendum, *l.* 1. *§. impensæ* 4. *ff. de dote prælegata*, adeoque sic accipiendum, ut non ipse res corporaliter diminuantur, sed dotis fiat diminutio, quando in dote pecunia est; cum absurdum sit, diminutionem corporis fieri propter pecuniam; *l. quod dicitur* 5. *ff. b. t.* Quod ipsum apertius adhuc exponit Paulus JCtus in *l. si is, qui* 56. §. *ult. ff. de jure dot.* cum ait, *quod dicitur necessarias impensas ipso jure dotem minuere, non eo pertinet, ut, si fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse, sed, nisi impensa reddatur, aut pars feudi aut totus retineatur. Sed si tantum in fundum dotalem impensum sit per partes, quanti fundus est, desinere eum dotalem esse Scævola noster dicebat, nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit. Si pecunia & fundus in dote sint, & necessaria impensa in fundum facta, Nerva ait, dotem pecuniariam minui, &c.* Adde Cujacium *lib.* 23. *observ.* 12. Quod si maritus dotem integram, non deductis impensis hisce, restituerit, condici ex æquitate potest per indebiti conditionem id, quod pro impensis necessariis compensari solet, *l. quod dicitur* 5. *§. si dos* 2. *ff. b. t.* Multum interim interesse monuit Ulpianus, utrum ad perpetuam utilitatem agri, vel ad eam, quæ non ad præsentis temporis pertineat, an vero ad præsentis anni fructum: si in præsenti, cum fructibus hoc compensandum; si vero non fuit ad præsens tantum apta erogatio, necessariis impensis computandum, *l. vel si vites* 3. *§.* 1. *l. neque stipendium* 13. *l. pen. & ult. ff. b. t. l. fructus* 7. *§. ult. ff. soluto matrimon.* arg. *l. usufructu* 7. *§.* 2. 3. *ff. de usufr. & quem. quis utat.* nisi hæ impensæ non ad præsens tempus factæ, modicæ tantum seu leves fuerint, quippe quas non debet arbiter curare, *l. omnino* 12. *ff. b. t. l. si id quod* 28. *§. si quid* 1. *ff. de donat. inter vir. & uxor.* arg. *d. l.* 7. *§.* 2. 3. *ff. de usufr.* Ant. Faber *C. libr.* 5. *t.* 8. *defin.* 27. Quæ vero impensæ in præsens, quæ in utilitatem perpetuam factæ videantur, arbitrio judicis definiendum est, *l. pen. in fine ff. b. t.* quamvis Antonius Faber *d. defin.* 27. post alios velit, in perpetuam utilitatem censeri factas, si tales sint, quæ per decennium durare possunt, & ante decennii istius lapsum nuptiæ dissolvantur. Quid juris sit circa impensas in arationem & sationem anni postremi factas, si maritus secundum mores nostros fundum dotalem soluto matrimonio restituat fructibus plenum, dixit *t. soluto matrimonio num.* 12. Sed in-

ter necessarias impensas factas, ac faciendas, sed omissas, ea differentia est, quod factarum ratio habetur, etsi res male gesta est: non factarum, ita, si ob id res male gesta est. Itaque si fulserit maritus insulam ruentem, eaque exusta sit, impensas consequitur; si non fecerit, deusta ea nihil præstabit, cum fuisset ob negligentiam impendiorum præstiturus id quod interest, si casus incendii, aliusve similis rem ob omissas impensas corruptam non absumsisset, *l. & in totum* 4. *ff. h. t.*

2. Habent autem hæc omnia de impensis necessariis etiam locum secundum mores hodiernos, quoties conventione dotali exclusa fuit omnis inter conjuges communio, ac uxor sibi dotem salvam pacta est. Groenewegen *ad rubric. ff. h. t.* Quod si universalis bonorum societas inter conjuges constiterit, de impensis in rem alterutrius factis quæstio superesse nequit; cum mox a primo nuptiarum contractarum momento desierint bona conjugis cujusque propria esse, ac fiant communia; cui consequens est, ut & omnis impensa in res communes facta, communis sit. Si vero conjugibus ex pacto antenuptiali, vel statuto sola placuerit communio acquæstuum, magis est, ut & tunc impensæ necessariæ graviores, non in præsentem, sed perpetuam agri utilitatem erogatæ, soluto matrimonio gravent eum solum, cujus res fuit; sive utilitas ejus, quod ita necessario impensum, etiamnum duret, sive non. Qua ratione si maritus belli tempore tributum grave solverit, ut ædes uxoris dotales a comminato per hostes incendio liberaret, deducere soluto matrimonio ex acquæstu communi hoc totum potest, vel ex rebus reliquis dotalibus pro rata, si acquæstus non appareat, licet ædes illæ postea incendio vel terræ motu consumtæ sint, arg. *d. l.* 4. *ff. h. t. l. sed an ultro* 10. §. 1. *ff. de negotiis gestis.* Mævius *ad jus Lubecense par.* 2. *t.* 2. *art.* 12. *num.* 187. Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 3. *num.* 17. 18. 19. Idemque est, si res alterutrius, in quas impensæ tales necessariæ factæ, postea non perierint, sed stante matrimonio alienatæ. Simili modo, si maritus suum aut uxoris fundum muniverit adversus fluminis edacitatem, ne decresceret, alias decreturus; non erit soluto matrimonio æstimandum, quanti valeant operæ manu factæ, nunc forte vetustate corruptæ, sed potius inspiciendum, quid in munitionem impensum sit, vel saltem, quanto deterior fuisset probabiliter factus fundus, si adversus vim fluminis non fuisset munitus, ut ejus æstimatio secundum ante dicta refundatur; Ant. Matth. *param.* 3. *num.* 27. *in med.*

3. Utiles impensæ sunt, quibus res melior redditur, cum omissio earum rem non diminuisset, veluti si novelletum in fundo factum sit, aut in domo pistrinum, aut taberna non necessaria, vel servi artibus instructi, *l. quod dicitur* 5. §. *ult. l.* 6. *l. impensæ* 14. §. 1. *ff. h. t. l. impensæ* 79. §. 1. *ff. de verb. signif.* Ulpianus *in fragm. t. de dotibus* 6. §. 16. Pro quibus recuperandis licet retentio dotis ex jure novo interdicta sit, compensatio tamen ipso jure debitum minuens deneganda non videtur, quoties dos vel ab initio, vel ex post facto in pecunia numerata pro parte consistit, secundum ante dicta; eo quod a vetita retentione, debitum haud perimente, compensationis prohibitio non recte inducitur; cum is, qui compensat, solvere videatur, & omnem dirimat obligationem ulteriorem, & actionem, *l. si constat* 4. *C. de compensat. l. si debitor* 4. *ff. qui pot. in pign.* at, qui retentione sibi vult consulere, non tam sublatam velit obligationem, quam potius per retentionem tanto firmius eam conservare annitatur, arg. *l. Julianus* 13. §. *offerri* 8. *ff. de act. emti, l. si in area* 33. *in fine, l. ex quibus* 51. *ff. de condict. indeb.* Zoesius *ad Pand. h. t. n. ult.* Perezius *ad t. C. de rei uxor. act. n.* 16. Sed si compensationis termini habiles deficiant, actio mandati, vel negotiorum gestorum marito ad recuperandas impensas hasce accommodatur, prout vel ex voluntate mulieris, vel absque mandato ejus factæ fuerint, *d. l. unic.* §. *taceat* 5. vers. *non abs re est, C. de rei uxor. actione*, abrogato eo, quod antea placuerat, utilium non esse repetitionem, nisi ex voluntate mulieris factæ essent, *l. utilium* 8. *ff. h. t.* Utiles tamen ex moribus hodiernis, post dimissos creditores, qui stante matrimonio crediderunt, eatenus repetuntur, aut deducuntur, posita sola communione acquæstuum, quatenus tempore soluti matrimonii res inde melior apparet, sive impensa major sit, quam nunc est melioratio, quod frequentius accidit in inædificatis; sive ex adverso melioratio pluris valeat, quam in eam erogatum est, quod in implantatis plerumque contingit; quia si major sit melioratio, quam est impensa, ad acquæstus industriæ curaque & sumtu communi obvenientes pertinet, & ob id conjugi utrique hoc lucrum commune esse debet; ne, si aliter statuas, maritum in suo vel uxorio fundo plantantem vel ædificantem invites ad impensarum magnitudinem dissimulandam, dum vel sibi in suo impendenti lucrum captat, vel uxori per gratificationem, multis in locis inter conjuges impeditam, sumtus in rem ejus factos haud imputat; neve in fraude uxoris ex omnibus suis arvis propriis pomaria, seris demum nepotibus fructum uberem datura, efficiat, atque ita pluribus annis prædia talia stante matrimonio infructuosa reddat, Anton. Mattheus *param.* 2. *n.* 32. *& seqq.* D. Someren *de jure novercar. cap.* 12. *n.* 5. Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 2. *n.* 175. *& seqq.* Atque ita simpliciter meliorationem, quæ tempore soluti matrimonii invenitur, attendendam esse, scripsit Simon van Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 15. *n. ult.* vers. *adventitia*, *in fine.* Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 283. Quibus consequens est, nihil imputari, aut deduci posse ei, in cujus rem impensum est, si tempore soluti matrimonii res inde melior amplius non fit, Ant. Matth. *param.* 3. *n.* 28. Quod & cum generali fundamento maritalis potestatis apud nos receptæ convenit, secundum quod maritus sive bene, sive male in suam, aut uxoris, aut communem utrique rem impendens, vel sua, aut uxoris, aut communia bona dissipans, eo nomine non tenetur, sed communioni lucri & damni adscribendum est, Groenewegen *ad hunc t. Pandect.* Neque aliud dicendum, si mulier omnis lucri damnique stante matrimonio evenientis expers esse voluerit, ac propterea dotem sibi salvam ante nuptias pacta sit. Cum enim tunc omne commodum, stante matrimonio eveniens, marito cedere debeat, fas est, ut & lucrum, quod ex arborum, impensa in fundo dotali plantatarum, incremento provenit, ei adjudicetur, ubi arborum talium jam grandium æstimatio superat impensam plantationis. Eodem fundamento nititur, quod, si maritus moles in flumen perduxerit ante suum vel uxoris fundum, ut is alluvione augeretur; soluto matrimonio æstimandum non sit, quanti va-

lent operæ manu factæ, nunc forte vetustate corruptæ, aut ob prædii incrementum prope inutiles, sed potius inspiciendum, quanto res durante matrimonio usque ad dissolutionem ejus melior facta fuit ex alluvione, per artificium procurata, Wesel *d. tract.* 2. *cap.* 2. *num.* 178. Quamvis in Hollandia incrementa per alluvionem non natura, sed arte, sumtuque procuratam contingentia non cedant ei, cujus agro hærent, sed velut acquæstus inter conjuges communicentur, ut monui *t. de pactis dotal. n.* 47. Adde Petrum Bort *de feudis Holland. par.* 5. *t.* 3. *cap.* 10. *quæst.* 5. *pag. mihi in noviss. edit.* 191. *& seqq.* Quemadmodum etiam de agris in Flandria superiori sæculo inundatis cautum legimus constitutione Caroli V. 23. *Maii anni* 1531. *art.* 1. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2023. si stante matrimonio agri aggere cincti & exsiccati fuissent ad conjugem alterutrum pertinentes, conjugem, cujus fundus aquis tectus, vel heredes ejus, conjugi alteri ejusve hæredibus præstare debere dimidiam impensarum partem, aut semissem agrorum siccatorum, arbitrio ejus, cujus fundus fuit.

4. Voluptuariæ impensæ appellantur, quæ speciem ornant, non fructum augent, ut viridaria, incrustationes, loricationes, fontes, picturæ, aliaque quam plurima, *l. voluptuaria* 7. *l. impensæ* 14. *§. ult. ff. h. t. l. usufructu legato* 7. *§. ult. l. si cujus rei* 13. *§. fructuarius* 4. *ff. de usufructu & quemadm. quis utat. l. ex damni* 40. *pr. ff. de damno infecto, l. utiles* 39. *§.* 1. *ff. de hered. pet. l. impensa* 79. *§. ult. ff. de verb. sign.* Ulpianus *in fragm. d. t.* 6. *§.* 17. Quarum impensarum nulla deductio vel repetitio est, licet mulieris voluntate factæ essent, sed tantum tollendi licentia marito data, si modo recipiant separationem, & ita futura sint utilia ei, qui tollit; ut tamen mulier impedire possit, ne tollantur, quæ separari possunt, si parata sit reddere ea, quæ impensa sunt, *l. pro voluptuariis* 11. *ff. h. t.* atque etiam ad voluptuariorum sumtuum restitutionem compelli possit, si maritus eos erogaverit in res uxoris promercales, seu venales; quippe quo casu voluptuaria impensa in utilem degenerat, *l. quod si ha* 10. *ff. h. t.* Et hinc moribus nostris ea, quæ in rem mariti vel uxoris voluptatis causa expensa sunt, hactenus soluto matrimonio per conjugem dominum aut heredes ejus alteri refundi debent, quatenus ob tales impensas res pluris æstimatur, ac vendi potest. Vide Wesel *d. tract.* 2. *cap.* 2. *n.* 180. *& seqq.*

5. Quod si maritus in aperturam lapicidinarum impensas fecerit, & renascantur lapides, non modo lapidum eductorum, quasi fructuum dominus fit ex jure civili, sed & impensas in aperturam (non item in lapidum eductionem, non magis, quam in aliorum fructuum prædii dotalis perceptionem) factas recuperat; cum fundus apertura tali melior reddatur, *l. ult. ff. de fundo dotali, l. fructus eos* 7. *§. si vir in fundo* 13. *in fine ff. soluto matrim.* Sed si non renascantur, distinctione opus est: aut enim per aperturam fructuosior redditus est fundus; eoque casu lapides ad maritum pertinent, ita tamen, ut is tunc non modo impensas in lapidum eductionem, verum & in ipsam aperturam factas ferre debeat, *d. l.* 7. *§.* 13. *ff. soluto matrim.* aut non est factus fructuosior, atque tunc lapides educti ad uxorem pertinent, sed impensam omnem maritus repetit. Et de hac postrema facti specie accipienda, ac ad eam restringenda sunt, quæ Pomponius habet in *l. si ex lapicidinis* 32. *ff. de jure dotium,* quod & ipse textus circumstantiæ abunde arguunt, dum ibi lapidibus ex fundo dotali cæsis ac venditis junguntur venditæ arbores, quæ in fructu non erant, & distracta superficies ædificii dotalis; constat autem, non meliorem, sed deteriorem effici fundum, si grandiores arbores excindantur, vel utile superficiei dominium alienatur. Adde Cujacium *lib.* 15. *observ.* 21. Quæ quo usque possint ad nostros transferri mores, petendum ex iis, quæ scripsi *t. de usufructu, n.* 24. *& t. de usufructu ear. rerum, quæ usu consum. n.* 3.

TITULUS II.

De actione rerum amotarum.

SUMMARIA.

1. *Cur ob furtum inter virum & uxorem non furti, sed rerum amotarum actio competat? An detur ob furtum, quod ante nuptias, vel post eas jam dissolutas factum est?*
2. *Tum demum actioni rerum amotarum locus est, cum soluto matrimonio agitur ob res stante matrimonio divortii causa amotas.*
3. *Quid sit hac actio? quibus modis amotio fiat? An per interpositas personas? quibus detur, & contra quos?*
4. *Ad quid tendat? cujus temporis æstimatio spectanda sit, si res amota perierit? An jusjurandum in litem tum locum habeat? Quid consequatur amovens, ubi præstitit æstimationem rei?*
5. *An, si negetur amotio, jusjurandum deferri & referri possit?*
6. *Quando cesset hac actio, ubi inter alia, quid juris, si conjuges sibi invicem amoverint? si post divortium redintegratio conjugii facta sit, ac novum divortium; si uxor rem mariti, quam is alteri commodaverat, commodatario subducat?*
7. *An cesset, aut differatur ob crimen adulterii, quo mulier postulata? probatur, eam moribus hodiernis adhuc usum habere.*

1. PRopter res per uxorem divortii causa amotas æque ac propter impensas in dotem factas, olim marito retentio concessa fuit; sed & hæc jure novo sublata *l. unic. §. taceat* 5. *C. de rei uxor. act.* ac cum cessare deberet famosum furti judicium propter honorem matrimonii, (licet vere furtum fieret, & ob id res amota tanquam furtiva prohiberetur usucapi, ac furti tenerentur, qui ope consiliove conjugem amoventem juvissent, *l. si quis uxori* 52. *pr. & §.* 1. *ff. de furtis l. pen. ff. h. t.*) sufficere visa rerum amotarum actio *l.* 1. 2. *ff. h. t. l. ult. §. ult. in pr. C. de furtis,* quæ tamen non propter omnem competit amotionem. Aut enim amotæ sunt res stante matrimonio, aut ante matrimonium, aut denique eo jam dissoluto. Quod si vel nuptiis demum dissolutis amotio contigerit, vel mulier ante nuptias furtum marito fecerit, sive, cui maritus heres fuit, non actioni rerum amotarum, sed potius actioni furti stricto jure locus est, eo quod non idem honor habendus est mulieri, furtum suo viro facienti postquam ejus uxor esse desiit, aut antequam uxor esse cœpit: licet ex æquitate propter reveren-

tiam personarum in casibus duobus posterioribus tantum furtivam condictionem, non etiam furti actionem competere, Paulus auctor sit, *l. & ideo* 3. *pr. & §. sed & 2 ff. h. t.* Idque, si soluto demum matrimonio experiendum judicio sit: si enim maritus eo adhuc constante agere voluerit propter res ante matrimonium contractum amotas, ne furtiva quidem condictio, sed tantum de damno in factum actio competit, arg. *l. divortii* 2. *C. h. t. l. ult. §. ult. in pr. C. de furtiis.* Adde Ant. Fabrum *de error. pragmatic. decad.* 79. *err.* 1. Cui consequens est, ut nec pendente lite super matrimonio actio furti, vel furtiva condictio detur, sed tantum hæc in factum actio; cum lite pendente solutum dici nequeat matrimonium, quippe per judicis sententiam fortasse continuandum. Annæus Robertus *rerum judicat. lib.* 2. *cap.* 12. Perezius in *Cod. h. t. num.* 2.

2. Si stante matrimonio mulier amoverit mariti res, si quidem eas maritus recuperare velit antequam matrimonium est dissolutum, tantum vindicare poterit, vel in factum actione condicere, non furti actionem, aut condictionem furtivam, aut hanc rerum amotarum actionem intentare, *l. ob res amotas* 24. *l.* 25. *ff. h. t.* Cui non adversatur, quod a Justiniano scriptum est, in tali specie maritum propter matrimonii pudorem, non furti, sed rerum amotarum actionem habere, *l. ult. §. ult.* vers. *& in hac specie Cod. de furtis & servo corrupto.* Non enim illic per *rerum amotarum actionem* designatur in specie hæc, de qua conceptus est peculiaris titulus in *Pand. & Cod.* sed tantum in genere talis actio, quæ stante matrimonio secundum jus antiquum poterat competere, puta, vindicatio vel condictio proposita in *d. l.* 24. *&* 25. *ff. h. t.* quæque in *d. l. ult.* non aliam ob causam appellatur rerum amotarum actio, quam, ut factum mulieris designetur, res scilicet esse amotas, propter quas marito potestas agendi datur. Si vero soluto demum matrimonio repetitio facienda sit rerum stante matrimonio amotarum, videndum, an divortii faciendi causa atque consilio amotio facta sit, an non. Si enim citra divertendi propositum, dum forte marito vitæ finis videbatur imminere, morte subsecuta, heres ejus hereditatis petitione, vel actione ad exhibendum, vel condictione ob injustam causam consequi possunt id, quod amotum est, *l. contra nurum* 6. *§. sed si h. t. propter* 22. *§. ult. ff. h. t.* marito ipsi convalescenti post divortium subsecutum utilis rerum amotarum actio datur, *l. si mulier* 21. *pr. ff. h. t.* Ut proinde non aliter directæ rerum amotarum actioni locus sit, quam si stante matrimonio subtractio rerum facta sit divortii causa, & matrimonio demum dissoluto agatur.

3. Est autem hæc rerum amotarum actio prætoria, *l. divortii* 2. *C. h. t.* personalis ex delicto, rei persecutoria eodem modo, quo condictio furtiva, *l. si mulier* 21. *§. pen. ff. h. t. l. si rerum* 52. *ff. de re judicata*, stricti juris, cum nuspiam bonæ fidei aut arbitrariis judiciis inveniatur annumerata; non infamans quidem, sed tamen sugillans opinionem amoventis penes viros graves & honestos (de quibus confer Anton. Fabrum *de error. pragmatic. decade* 79. *err.* 7. *& seqq. & decade* 80. *err.* 1. Wissenbach *ad Pand. vol.* 1. *disput.* 49. *num.* 6. 7.) quæ competit propter res frequentius quidem marito per uxorem, quandoque tamen & uxori per maritum divortii causa subductas, *l. contra* 6. *§. item cum* 2. *l. mulier* 5. *l. Marcellus* 11. *ff. h. t.* Censentur vero res amotæ ad eum effectum, ut hæc actio detur, quæcunque celatæ, absconditæ, donatæ, venditæ, comessationibus aut compotationibus consumtæ, aliove quovis modo interversæ sunt, *l. & ideo* 3. *§. item verum* 3. *l. si concubina* 17. *§. res amotas* 1. *ff. h. t.* Nec refert, sint ne illæ res mariti propriæ, an alienæ, marito forte pignori datæ aut commodatæ, aut ab eo bona fide possessæ, *d. l. si concubina* 17. *§. ult. l. si rem* 20. *ff. h. t.* arg. *l. ult. §. ult. C. de furtis*, sicut nec interest, utrum mulier ipsa res amoverit, an vero alios amoventes subornaverit, ope, consilio juverit, fures ad res amovendas in mariti domum induxerit, etiamsi ad ipsam mulierem res amotæ non pervenerint, *l. sed & si* 19. *ff. h. t. l. si quis uxori* 52. *§. ipsa* 2. *ff. de furtis.* Quin & si proprio servo uxor jusserit, ut is marito furtum faceret, huic actioni locus estet; cum ita furtum ipsa fecisse intelligatur, *l. si mulier* 21. *§. si servus* 1. *ff. h. t.* Diversum foret, si servus mulieris sine voluntate ejus res mariti amovisset; tunc enim noxalis furti actio, quæ non infamat, marito in uxorem danda foret, *l. & ideo* 3. *§. item si* 1. *ff. h. t. d. l.* 52. *§. servi* 4. *ff. de furtis.* Datur vero marito vel uxori, cujus res amotæ, & eorum heredibus, *l. contra* 6. *§.* 2. *&* 3. *l. si mulier* 21. *§. hac actio* 5. *ff. h. t.* socero insuper ac pro socero, si per nurum aut nepoti in potestate constituto (non item emancipato) nuptam, furtum ipsis factum sit, *l. contra* 6. *pr. l. nihil* 15. *§.* 2. *ff. h. t.* fisco denique, si ad fiscum devoluta fuerint bona mariti, cui hæc actio nata erat, *l. ad fiscum* 16. *ff. h. t.* Contra maritum aut uxorem, qui, aut quæ amovit, & patrem amoventis, si is filiam habens in potestate, adjuncta filiæ persona de dote agat, aut ex rebus amotis sit factus locupletior aut dolo malo fecerit, quo minus illæ ad ipsum pervenirent, *l. & ideo* 3. *§. ult. l.* 4. *l.* 5. *ff. h. t. l. licet tamen* 3. *§. ex furtiva* 2. *ff. de peculio.* Sed & adversus amoventis heredem in solidum, licet nihil ex rebus amotis ad eum pervenerit, & si plures heredes sint, contra singulos pro ea parte, qua heredes sunt; eodem modo, quo hæc in condictione furtiva Romanis placuerunt, arg. *l. contra* 6. *§. item heredes* 4. *ff. h. t.* de quo actum 1. *de condict. furtiva n.* 4. dissent. Ant. Faber *de error. pragmat. decad.* 80. *err.* 1. [illegible]

4. Agitur hac actione ad id, ut res amota restituatur, ac præstetur id quod interest; cum non modo damni dati, sed & commodi, si quod amotis rebus amiserit vir, ratio habenda sit, *l. si mulier.* 21. *§. commodi* 4. *ff. h. t.* Neque hic locus est beneficio competentiæ, cum favore legum indigni sint, qui ex negotio conveniuntur, quod ex furto pendet, *d. l.* 21. *§. ult. ff. h. t.* Quod si res amota perierit, at amoveris eam desierit possidere, nihilominus in rerum amotarum judicium venit, *l. si concubina* 16. *§. non solum* 2. *ff. h. t.* & æstimatio ejus ad tempus, quo amota est, referri debet, secundum Tryphonium in *l. pen. ff. h. t.* non, quasi præcise temporis, illius æstimatio adjudicata foret, sed tempus illud ibidem proponitur, tanquam *terminus a quo*, ut loquuntur; ac proinde hoc judicio conventus tanti damnandus est, quanti res amota unquam plurimi valuit a tempore amotionis usque ad litem contestatam, eodem modo, quo id in condictione furtiva obtinet; cum re ipsa furtum factum sit, nec minus uxor amovens, quam fur

quilibet alius, semper in mora esse intelligatur; quod & satis ipse Jurisconsultus innuit in *d. l. pen. ff. h. t.* junct. *l. in re furtiva* 8. §. 1. *ff. de condict. furtiva.* Plane, si satis commode æstimari a judice non possit res amota, dum non apparet, jurejurando in litem non affectionis, sed veritatis æstimatio ejus facienda est, *l. si, cum dos* 8. §. 1. *l.* 9. *ff. h. t.* Adde *t. de in litem jurando n.* 1. & 5. *in fine.* Ea vero æstimatione præstita, amovens quidem emtoris loco est, dominiumque nanciscitur, si is cui æstimatio soluta, dominus fuerit, sic ut ob id etiam adversus tertios possessores habeat in rem actionem, *l. si propter* 22. *ff. h. t.* sed is, qui æstimationem accepit, non tenetur de evictione cavere, *l. ideoque* 10. *ff. h. t.*

5. Quid juris sit circa jurisjurandi delationem aut relationem, si is, qui amovisse dicitur, amotionem neget, expositum est *in tit. de jurejurando n.* 14.

6. Cæterum cessat hæc rerum amotarum actio quibusdam in casibus, præter eos, de quibus supra *n.* 1. & 2. jam actum est; puta, si maritus & uxor sibi invicem divortii causa res abstulerint, quatenus compensare alter alteri amota potest, usque ad concurrentem utrimque quantitatem, *l. mulier* 7. *ff. h. t.* ut &, si divortii quidem causa facta sit amotio, sed divortium subsecutum non sit, arg. *l. rerum quidem* 25. *ff. h. t.* vel subsecutum quidem, sed redintegratum rursus sit matrimonium, etiamsi hæc actio jam esset in judicio instituta, *l. ult. ff. h. t.* Si tamen postea iterato divortium intervenerit, ob res amotas prioris divortii causa actio superest; *l. redintegrato* 23. *ff. h. t.* Non etiam locum habet, si concubina res amoverit, aut alii, cum quibus matrimonium non est contractum, vel contractum quidem, sed contra leges, & ob id ipso jure nullum est: cum enim nullus tunc matrimonii pudor, honor aut reverentia impedimento sit, neque divortium concipi queat, furti actio ob amotionem datur, *l. si concubina* 17. *pr. ff. h. t.* Sed &, si uxor rem mariti, quam is alteri commodaverat, commodatario surripuerit, nihil obstat, quo minus actione furti adversus eam commodatarius experiatur, ubi ipse actione commodati a marito conventus fuit, *l. si uxor rem* 28. *ff. h. t.* Quod non est correctum per *l. ult.* §. *ult. in fine C. de furtis*; cum ibi species facti non sit, qua maritus rem suam alteri commodato dederat, sed ipse a tertio acceperat commodato; quo casu si mulier rem marito commodatam amoverit, commodanti actio commodati in *d. l. ult.* §. *ult.* dicitur danda contra maritum commodatarium, ac in subsidium, si maritus solvendo non sit, actio furti contra mulierem; dum ex opposito in casu *d. l.* 28. commodatarius a marito conventus nullum invenit, contra quem experiatur ad indemnitatem; ut proinde protinus ad actionem furti, mulieri movendam admitti debuerit.

7. Non tamen cessat, ac ne differtur quidem hæc actio ob adulterii crimen, quo mulier postulata est, *l. rerum amotarum* 27. *ff. h. t.* Neque etiam moribus nostris sublata est: licet enim actio in factum marito constante matrimonio contra suam uxorem ob res amotas haud danda sit, notante Groenewegio *ad l.* 2. *C. h. t.* ac inficias eundum non videatur, rariorem hodie actionis rerum amotarum usum esse, propter rariora divortia & perpaucas Christianis probatas divortii causas, Wissenbach *ad Pand. vol.* 1. *disput.* 49. *num.* 9. utiliter tamen institui subinde poterit, non tantum, quando per pacta dotalia dos mulieri salva esse debet, revocata juris civilis circa dotes dispositione, Zoesius *ad Pand. h. t. num. ult.* Groenewegen *de legib. abrog. ad rubric. Cod. h. t.* verum etiam, cum est inter conjuges bonorum omnium aut acquæstuum communio. Quod enim Groenewegen *d. loco* existimat, eam ex parte mulieris contra maritum non posse dari, & vicissim marito contra mulierem esse supervacuam, non satis firma videtur niti ratione. Quod enim spectat mulierem, posito, liberrimam esse marito in conjugem & ejus bona potestatem, sic ut ea possit pro libitu alienare sine mulieris voluntate (licet id non ubivis probari, alibi dictum sit) non tamen inde sequitur, marito competere facultatem res uxoris, aut communes pro libitu amovendi divortii causa: ac proinde, si quas amoverit divortii causa, divortiumque secutum sit, maritalis quondam potestas non videtur impeditura, quo minus mulier hac rerum amotarum actione res suas, aut rerum communium partem, recuperet. Quod vero dicitur, eam marito contra mulierem haud esse necessariam, eo quod mulier hodie est sub potestate mariti sui, sine cujus auctoritate nihil alienare potest, quodque marito contra quosvis rerum amotarum possessores rei vindicatio competit; inde nulla Romani juris abrogatio inferri potest. Nam, ut omittam, potuisse etiam jure civili cum rerum amotarum actione concurrere rei amotæ vindicationem, arg. *l. si propter* 22. *ff. h. t.* falsum etiam est præsuppositum, toties cessare rerum amotarum actionem, quoties mulier non habuit potestatem alienandi res, quas amovit. Quin potius ideo potissimum nascitur hæc actio, quia iniqua & injusta est amotio, injusta alienatio divortii causa facta. Mulierem utique non potuisse stante matrimonio alienare rem, quam marito in dotem dederat, multoque minus res mariti proprias, certi juris est. Si tamen eas divortii causa amovisset, natam inde fuisse rerum amotarum actionem, dubio caret, *l. ob res* 24. *ff. h. t.*

TITULUS III.

De agnoscendis et alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis.

SUMMARIA.

1. *Divortio facto, mulier se gravidam putans, id marito denunciare debet. Quid circa hanc denunciationem ex parte mariti & uxoris agendum sit? Si quæ ab his prætermissa sint, id partui non nocet.*
2. *De partu supposito*, remiss.
3. *De partu agnoscendo, qui stante matrimonio editus est. Quando maritus non teneatur agnoscere? Quodnam sit legitimum partus legitimi edendi tempus?*
4. *Interest inter alimenta ex contractu vel testamento debita, & ea, quæ ex solo pietatis officio imponuntur a judice. Quid veniat nomine alimentorum? An medicamenta, sumtus in studia? Ab arbitrio patris præcipue pendet alendi modus. Quid juris, si pater nimis sordide atque avare liberos alat, infra natalium conditionem? An ad alendum obligatus satisfaciat, si alendo præbendam aut locum in gerontocomio procuret?*

5. *Quales liberos pater alere teneatur? An & naturales, incestuosos, adulterinos? Et an sumtu communi uxoris & mariti, si inter eos statutaria communio sit? An pater etiam liberos illos alere teneatur, quibus partem bonorum aut dotem jam dedit, si illa consumata sit?*
6. *Quando mater ad alimenta liberis præstanda teneatur? Quid moribus? Cujus sumtu liberi alendi, si divortio matrimonium solutum sit?*
7. *Quando avus & avia debeant nepotes alere? An & nepotes naturales ex filio legitimo? Aut legitimos ex filio naturali?*
8. *Liberi tenentur alere parentes. An & matrem infamem, corpore quæstum facientem, aut patrem incestuosum? An frater a fratre alendus? An & uterinus, aut tantum naturalis? An patronus libertum, & vice versa? An uxor inops a marito, & maritus ab uxore? An & uxor, quæ adulterio aut malitiosa desertione causam divortio præbuit, vice versa?*
9. *Remotiores cognati ultra fratrem cognatos alere non coguntur, nec donatarius omnium bonorum donantem; licet pie faciant, si alant.*
10. *An affinitatis vinculum ad alendum obliget in eodem quasi gradu, in quo vinculum cognationis? An gener socerum, privignus novercam, & vice versa, alere teneatur?*
11. *In concursu plurium ad alendum obligatorum, cui onus alendi imponendum sit, varie disputatur; sed multum arbitrio judicis relinquendum.*
12. *De his ex eleemosynis alendi, & de alendis infantibus expositis, quo in loco tales alendi sint, definitur placito Ordinum Hollandiæ ad lites inter civitates amputandas.*
13. *Quibus modis compellatur ad alendum, qui ex officio pietatis obligatus est? An hæc persecutio popularis sit? An in alimentorum modo definiendo judex etiam debeat habere rationem bonorum, extra suum territorium ubicunque sitorum? An alimenta interim decernenda, si quis se patrem neget, aut in genere talem, qualis ad alendum tenetur? Et an illa temporaria alimentorum adjudicatio veritati præjudicet?*
14. *Cessat obligatio ad alimenta, si alendus calleat artificium unde se exhibeat. Hinc quod lucratur ex illo opificio, patri cedit, ubi ab eo nutritur, licet is in assignandis bonis maternis onus alendi in se suscepisset.*
15. *Cessat, si alendus bona aliunde habeat, ex quibus ali potest. Quid, si extraneus liberis bona reliquerit ea lege, ut fructus & usuræ cedant in augmentum sortis? Quid, si extraneus patri legaverit bonorum usumfructum, ut inde liberos alat, vel pater in assignandis bonis maternis onus alendi susceperit, & postea liberi aliunde bona acquirant, ac pater doceat, usumfructum legatum, aut reditus bonorum maternorum non sufficere oneri alendi?*
16. *An ipsam sortem bonorum paternorum aut maternorum, vel adventitiorum, parens superstes absumere possit in liberorum educationem? Si parens superstes ex jure Scabinico liberis præmorientibus non succedat, ex hereditate eorum deducere potest, quanto plus in alimenta liberorum erogavit, quam erat proventus ex eorum patrimonio redactus. Alimenta per patrem data liberis prioris thori non imputanda communioni cum secunda conjuge, nisi postquam ipsa sors patrimonii, ad primi thori liberos pertinentis, absumta est.*
17. *Si pater in assignatione bonorum maternorum receperit onus alendi liberos ex fructibus, & quidam liberi ab avo materno nutriti sint, fructuum pars pro rata non patri, sed liberis cedit, tanquam patrimonium maternum.*
18. *Cessat alendi necessitas, si ad alendum obligati inopes sint: ut &, si alendi ingrati fuerint in eum, a quo alendi. An heres ejus, qui ad alendum ex pietate obligatus fuit, in illud onus succedat? An noverca post dissolutum matrimonium alere teneatur privignos, cum pater in assignandis bonis maternis onus alendi liberos suscepisset, distinctione explicatur. An posita tali patris obligatione ad alendum; liberi minorennes petere possint, se communi fratrum majorennium sumtu ali? Si extraneus ex mera liberalitate promiserit alimenta ad certum tempus, an heres teneatur, si promissor intra id tempus moriatur?*
19. *Morte alendi cessat obligatio ad alimenta. An tunc is, qui aluit, vestimenta a se data repetere possit, si necdum attrita?*
20. *Ubi divortio facto liberi educandi sint?*

1. NUptiarum finis præcipuus est procreatio liberorum, communium amoris mutui pignorum; qui & ubi nati fuerint, naturali ratione dictante educandi atque alendi sunt, *pr. Inst. de jure natur. gent. & civili.* Sed quia ad liberos alienos alendos regulariter nemo invitus compelli debet, hinc necesse est, ut, quoties de liberis alendis quæritur, prius illi agnoscantur tanquam liberi. Agnoscendi autem liberi, tam nati stante matrimonio, quam qui post divortium aut mortem patris nascituri sunt; eumque in finem duo fuerunt condita Senatusconsulta, Plancianum nempe, & alterum temporibus Hadriani conceptum. Planciani quidem duo membra sunt; quorum primo cautum, mulierem parentemve in cujus potestate est, debere facto divortio intra triginta dies proximos, quandoque & causa cognita post dies triginta, marito parentive, in cujus is potestate est, aut ad domum ejus, si nullius eorum copiam habeat, denunciare, se ex eo prægnantem esse; maritum vero tunc vel mittere debere ventri custodes, vel renunciare, eam ex se gravidam non esse, *l.* 1. *pr.* & §. 1. 2. 3. 4. 7. 9. *ff. h. t.* Adde Revardum *lib.* 1. *varior. cap.* 18. Quod si eam ex se prægnantem esse in continenti maritus neget, de eo deinde judicio disceptandum est, *l.* 1. §. *ult. ff. h. t.* sin custodes mittat, præsumtio quidem contra mittentem militat, quod pater sit; non tamen ita, quin adhuc contrarium docere volens audiendus sit; etsi tunc consultum videatur, ut maritus custodes mittens protestetur, se sine præjudicio ventrem custodire, *d. l.* 1. §. *quemadmodum* 11. *ff. h. t.* Si post denunciationem maritus neque renunciaverit quicquam, neque custodes miserit, pœna est, quod cogatur partum agnoscere, ni malit extra ordinem coerceri, *d. l.* §. *pœna* 4. *ff. h. t.* ut tamen & tunc adhuc audiri debeat, partum non esse suum probare desiderans, licet interim, donec probaverit, ad alimenta obstrictus maneat, *d. l.* 1. §. *idem Iulianus* 14. *ff. h. t.* Quamvis autem denuncia-

tio a marito incipere non debeat, sed ab uxore; tamen ea id non faciente, maritus ultro custodes offerre potest, quos si uxor arbitrio judicis haud admiserit, liberum est marito parentive ejus partum non agnoscere, *d. l.* 1. §. *illud* 5. & 6. *ff. h. t.* Plane, si quid vel ex parte mulieris in omittenda denunciatione, vel non admittendis custodibus oblatis peccatum sit, vel e converso ex parte mariti, nihil hoc partui edendo nocet, *l.* 1. §. *quinimo* 8. 13. *pen. ff. h. t.* uti nec, si intra trigesimum a divortio facto diem sine ulla denunciationis adhibitione partum edat, *d. l.* 1. §. *eleganter* 10. *ff. h. t.*

2. Altero Planciani Senatusconsulti membro actum de partu supposito, *l.* 1. *pr. ff. h. t.* quod quia in falsi crimen incidet, de eo agendum erit *in tit. ad leg. Cornel. de falsis.*

3. Si constante matrimonio partus sit editus, Senatusconsulto temporibus Hadriani condito locus est, ut nempe de eo partu agnoscendo agatur, *l. sive contra* 3. §. *quia* 1. *ff. h. t.* quem tamen agnoscere maritus non cogitur, si rationibus evidentissimis docuerit, eum ex se conceptum non esse. Quid enim si, cum per decennium absens fuisset, domum reversus anniculum invenerit? Quid, si domi quidem semper fuerit, ea tamen infirmitate, ut generare non potuerit? iniquus sane fuerit, qui tali vellet natos ex uxore tanquam liberos obtrudere, *l. filium* 6. *ff. de his, qui sui vel alien. juris sunt*, *l.* 1. §. *idem Julianus* 14. *ff. h. t.* Quodnam vero legitimum partus legitimi edendi tempus sit, & quando quis præsumi debeat ex marito conceptus esse, vel non? Quid juris sit, si uxor neget, partum ex suo marito conceptum esse, ac plura his affinia, ex professo exposita sunt in *tit. de his, qui sui vel alien. juris sunt, n.* 4. & *multis seqq.*

4. Quia vero de alendis liberis aliisque similibus hic agitur, in antecessum observandum est, multum interesse, utrum alimenta ex contractu vel legato, an vero ex sola pietate, & concurrente legis præcepto debita sint. Si enim ex contractu debeantur, inspiciendum potissimum, quid inter contrahentes actum sit; si ex legato, præcipue voluntas testatoris spectanda est, ut dicetur *tit. de aliment. vel cibar. legatis.* Sin ex pietate, circa modum alendi multum arbitrio judicis videtur tribuendum esse. Venit autem hic nomine alimentorum, ex pietate & juris necessitate præstandorum, non modo victus & amictus pro qualitate ac conditione personarum alendarum & earum, quæ alimenta præbent, sed & habitatio; cum sine his corpus ali nequeat, arg. *l. legatis* 6. *l. ult. ff. de aliment. vel cib. legatis*, *l. verbo victus* 43. *l. quos nos hortes* 234. §. *ult. ff. de verb. signif.* medicamenta quoque valetudinis curandæ causa adhibita, arg. *l. & cætera* 44. *ff. de verb. signif. l. quod in uxorem* 13. *C. de negotiis gestis.* Rebuffus *de sententiis provisionalibus art.* 1. *Gloss.* 4. Gothofredus *ad d. l.* 44. *ff. de verb. signif.* Tuldenus *ad tit. C. de alend. liberis ac Parent.* Peckius *de testamentis conjugum. lib.* 5. *cap.* 25. *n.* 1. Mynsingerus *cent.* 3. *observ.* 12. Responsa Jurisc. Holland. *par.* 4. *consil.* 47. uti & institutio in arte legendi scribendique ac primis religionis Christianæ fundamentis, Tuldenus *d. loco*, Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 10. *n.* 5. An & sumtus in studia, in artes liberales aut mechanicas, merito dubites? cum neque propria significatio vocabuli alimentorum id suadeat, arg. *l. legatis* 6. *l.* 7. *ff. de alimentis vel cibar. legatis.* Neque liberi omnes ad studia apti sint, neque natalium conditio aut facultates id semper patiantur, ut proinde id magis arbitrio parentis atque pietati soli permittendum videatur, an liberos in studiis liberalibus educandos putet. Tutores quidem & similes alios pupillis ea ex patrimonio pupillari suppeditare debere, quæ ad disciplinas liberales addiscendas requiruntur, pro conditione natalium ac facultatibus, colligi potest ex *l. cum plures* 12. §. *nimium* 2. & 3. *ff. de admin. & peric. tutor. l. de bonis* 6. §. *non solum* 5. *ff. de Carbon. edicto*, *l. qui filium* 4. *ff. ubi pupillis educ. vel morari debeat*; nec dubium, quin patri suadendum sit, ut filio, studiis admodum dedito, impendia subministret ad ea perficienda; sed si parenti ista displiceant, si mercaturam, si militiam armatam, si aliud sese exhibendi medium a natalibus haud alienum filio imperet, obsequii gloria filio censeri debet relicta esse. Et quamvis parentes alii in liberos indulgentiores sint, alii, magis ad rem attenti, parcius in educationem effundendum putent, amplioris hereditatis relinquendæ spem liberaliori præferentes morum cultui, nec ob id liberis tenuius habitis querela adversus parentis parcimoniam concedenda sit: tamen si omnino contra natalium splendorem, ac longe infra consuetum morem, vilissimis oneribus atque opificiis abjectissimis liberos pater addictos cupiat, judicis partes erunt, ut suam interponat auctoritatem, & parenti modicum imperet ad honestiorem liberorum educationem. Si enim secundum Ulpianum usufructuarius ministeriis servi fructuarii uti debeat, eumque sufficienter alere & vestire secundum conditionem, ordinem & dignitatem ejus, sic ut abuti videatur proprietate, si librarium rus mittat, & qualum & calcem portare cogat, si histrionem, balneatorem faciat; vel de symphonia atriensem; vel de palæstra stercorandis latrinis præponat, *l. sed, si quid* 15. §. *mancipiorum* 1. & 2. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* longe magis ingenuorum & natalibus conspicuorum ratio habenda est, si pater sordide nimis atque avare liberorum honestorum conditionem deprimat, eosque prope ad delinquendum sua compellat tenacitate. Vide omnino Gothofredum *in notis ad l.* 5. §. 7. *ff. h. t.* Atque hinc etiam dependet decisio quæstionis illius, an ad alendum obligatus ex officio pietatis, satisfaciat, si præbendam in egentium usus relictam, alendo acquirat, si ei in gerontocomio aut orphanotrophio locum obtineat: in humilioris enim conditionis hominibus ista facile suffecerint: honoratioribus non sine natalium læsione ac dedecore procurantur, Gratianus *discept. for. par.* 1. *cap.* 112. *n.* 11.

5. Inter eos, qui ad alimenta præstanda ex officio pietatis devincti sunt, sic ut ad id cogi possint, & ea negantes necare videantur ex *l. necare* 4. *ff. h. t.* primo loco occurrit pater; quippe qui liberos alere tenetur sive suos sive emancipatos, *l. si quis a liberis* 5. §. *sed utrum* 1. *ff. h. t.* sive legitime natos sive naturales; licet enim ab Ulpiano scriptum sit, patrem debere filiam suam exhibere, *si constiterit apud judicium juste eam procreatam*, *d. l.* 5. *idem rescript.* 6. *ff. h. t.* tamen id vel accipiendum est de liberis non tantum ex legitimo matrimonio procreatis, sed & ex concubinatu conceptis, in quantum concubinatus per leges nomen assumsit, & extra legis pe-

nam est, auctore Marciano *in l. concubinatu* 3. *in fine ff. de concubinis*, sic ut & licitam ea consuetudinem propterea dixerit Justinianus, *l. pen. in fine C. ad Senatuscons. Orphitian.* vel secundo, si per *juste procreatam* filiam non aliam quam *legitimam* velis designari, dicendum est, id jure posteriori correctum esse per *novell.* 18. *cap. consideremus* 5. & *novell.* 89. *c. discretis* 12. §. *si quis autem* 4. in qua dum etiam post obitum patris naturalis heredes ejus obligantur ad alimenta liberis ejus naturalibus subministranda, præsupponitur, ipsum patrem adhuc viventem longe magis ad eos alendos fuisse devinctum. Incestuosos a parentibus suis incestuosis ali, juris civilis rigor prohibuit, *auct. ex complexu C. de incest. & inutil. nupt.* sed jus canonicum ex æquitate præcepit. *c. cum haberet* 5. *extra, de eo qui duxit in matrim. quam polluit per adulter.* ac mores id probant, eo quod puniendi non videntur, qui nihil deliquerunt, arg. *l. spurii* 6. *ff. de decurion.* ut post alios tradit parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 1. *Instit. de nuptiis n.* 5. Groenewegen *ad d. authent. ex complex. C. de incest. nupt.* Quo modo adulterini quandoque etiam communibus mariti nocentis & uxoris insontis sumtibus hodie ob statutariam inter conjuges communionem alendi sint, dictum *t. de ritu nupt. n.* 82. Nec patrem liberabit ab alendi necessitate, quod jam bonorum partem liberis, ut inde se exhiberent, assignaverit, & ea per prodigalitatem aut infortunium dissipata sit; eum suæ debeat imputare levitati, quod prodigis liberis, aut novercantem fortunam experientibus, subministraverit peritura, & non modo infelices, sed & prodigi, atque criminibus polluti, liberi tamen maneant, ac ob id alendi sint, arg. *novell.* 12. *c. si vero* 2. Idemque est, si dos iis aut propter nuptias donatio assignata sit, utcunque simul tunc ulteriori renunciassent paternæ successioni, Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *c.* 6. *n.* 64.

6. Quod si pater inops sit aut mortuus & liberi egeni, mater vero opulenta, onus alendi matri incumbit, *novell.* 117. *c. illud quisque* 7. arg. *l. si quis* 5. §. *si mater* 14. *l. pen. ff. h. t. l. alimenta* 11. *C. de negot. gestis, l. neque mater* 14. *C. de jure dot.* quod & obtinet, si pater incertus sit, dum liberi vulgo concepti, *d. l.* 5. §. *ergo* & 4. *ff. h. t.* Sed & mater legitimam sobolem ad triennium usque alere tenetur, donec infans ablactatus fuerit, *l. pen. C. de patria potestate*, ibique Gothofredus *in notis*. Quin imo, si in mores nostros inquiras, onus alendi patri & matri commune est, nisi alteruter inops sit; sive liberi ex legitimo sint matrimonio progeniti, sive sine nuptiarum vinculo proles edatur, si modo pater certus sit ea certitudine, qua & in nuptiis certus esse potest. Tuldenus *ad tit. C. de alend. liberis ac parent. n.* 6. Groenewegen *ad l.* 5. §. 14. *ff. h. t.* Responsa Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 136. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 1. *cap.* 10. *n.* 1. *et* 3. Quæ usque adeo vera sunt, ut, si matrimonium divortio dissolutum sit, non solius nocentis, sed utriusque impensis liberi ex eo matrimonio nati ali debeant, aut saltem pro rata facultatum, quæ conjugi cuique suppetunt, quod judex arbitrabitur, licet jure civili nocens solus videatur hac alendi necessitate fuisse gravatus, *auct. si pater Cod. divortio facto, apud quem liberi morari vel educari debeant*, *d. novell.* 117. *c.* 7. Groenewegen *ad d. auct. si pater.*

7. Deficiente aut inope patre atque matre, onus alendi nepotes aliosque descendentes ulteriores avo paterno atque materno, cæterisque ascendentibus a jure civili impositum fuit; ut tamen multum arbitrio judicis relictum fuerit, *d. l.* 5. §. *utrum* 2. *et* §. *item Divus* 5. *l. pen. ff. h. t. d. nov.* 117. *c.* 7. *in fine, l. Nesennius* 34. *ff. de negot. gestis*, & his consequens est, moribus hodiernis, uti commune patris matrisque, ita & commune avi aviæque onus censeri, nepotibus egentibus alimenta dare. Quæ quidem minus dubia, si ex liberis legitimis nepotes legitime prognati sint, sed an & avus nepotem naturalem ex filio legitimo, vel nepotem legitimum ex filio naturali, alere teneatur, ambiguum est. Et quia alimentorum præstatio naturalis admodum atque favorabilis habetur, non peccaverit forte, qui pro alimentis tali nepoti præstandis responderit. Avum certe nepoti naturali sui filii legitimi ad alimenta damnandum esse censet Anton. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 9. *defin.* 3. Carpzovius *defin. forens. par.* 2. *constit.* 10. *defin.* 20. Tuldenus *ad tit. C. ne filius pro patre n.* 5. Quo admisso, longe magis est, ut avus nepotem legitimum ex suo filio naturali alere debeat: cum priori in casu avus ipse nihil deliquerit; sed solus filius, dum prolem extra legitimam generavit conjunctionem; at hoc casu ipse avus in culpa hæreat, quod sobolem contra legum præcepta genuerit, nec filius naturalis intermedius peccaverit ex justo matrimonio nepotes suscipiendo. Et sane, cum rescriptum sit, *non tantum alimenta, verum etiam cætera onera liberorum patrem ab judice cogi præbere*, *l. si quis* 5. §. *non tantum* 12. *ff. h. t.* ac filius vel naturalis vel legitimus a patre alendus sit, secundum ante dicta sequitur, illum etiam nepotes naturales ex filio legitimo, & nepotes legitimos ex filio naturali alere oportere; quia tales nepotes ad filii intermedii sive legitimi sive naturalis onera pertinent. Quinimo, si circa dotis dandæ necessitatem *officium avi circa neptem ex officio patris erga filium pendeat; &, quia pater filiæ, ideo avus propter filium nepti dotem dare debeat*, secundum Celsi argumentationem *in l. dotem, quam* 6. *ff. de collation.* ratio non est, cur non etiam alimentorum intuitu ex officio patris erga filium pendeat avi officium circa nepotes; dum non minus, imo magis favorabilia sunt alimenta egenis præstanda, quam dos, ac dos ipsa in omnem eventum quodammodo alimentorum loco sit, ut dictum *tit. de jure dot. n.* 11.

8. Vice versa parentes etiam inopes alendi a liberis, *l. si quis* 5. §. 1. 3. 13. 16. *ff. h. t. l.* 1. §. *praterea* 4. *ff. de tutela & ration. distrah. l. tutor secundum* 13. §. 2. *in med. ff. de admin. & peric. tut. l. ult.* §. *ipsum* 5. *C. de bonis quæ liberis*, non tantum si integræ famæ atque existimationis sint, sed & mater corpore quæstum fecerit, atque ita infamiæ macula aspersa sit; adeo ut & ipse filius ex vago matris concubitu conceptus ad alimenta ei præbenda cogi possit, *d. l.* 5. §. *ergo* & 4. *ff. h. t.* & liberi legitimi patrem incestuosum pascere, eique alia necessaria subministrare debeant; quippe quales, licet legum contemptores & impii sint, parentes tamen sunt, *novell.* 12. *c. si vero* 2. fratres quoque ac sorores inopes a fratre aut sorore ali placuit, sive germani, sive consanguinei, sive uterini sint. Etsi enim uterinæ sorori dotem jure Romano ex neces-

sitate dandam non fuisse, notatum fuerit *in tit. de jure dot. n.* 14. *in fine*, in alimentis tamen contra statuendum est; tum quia alimenta majorem habent præstationis necessitatem, quam dos; tum, quia leges de sorore, quæ aliunde non habet, alenda agentes, generaliter sine distinctione conceptæ sunt, *l. tutor secundum* 13. §. *ult. ff. de admin. & peric. tut. l.* 1. §. *sed & si non* 2. *in med. ff. de tutela & ration. distrahend. l. qui filium* 4. *ff. ubi pupillus educ. vel morari deb.* Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 8. *de n.* 2. Groenewegen *ad d. l.* 4. *ff. ubi pupill. educ.* Quid, quod & naturales fratres per legitimos ali Justinianus constituit, *novell.* 89. *c. discretis* 12. §. *si quis autem, oportet.* 6. Sed & libertos a patronis, ac vicissim patronos eorumque liberos, si aliter se tueri nequeant, a libertis sustentandos esse obtinuit, *l. si quis* 5. *solent* 18. & *seqq. l.* 6. *l. ult. ff. h. t.* Uxorem denique inopem a marito, maritum paupertinum ab uxore ali, consortium omnis vitæ jubet, neque quicquam tam humanum est, quam ut fortuitorum casuum mariti uxor, & vice versa, particeps sit; quibus casibus fortuitis inopia quoque annumeranda, arg. *l. ubi adhuc* 29. *C. de jure dot.* junct. *l. si cum dotem* 22. §. *si maritus* 7. *in med. ff. soluto matrim.* Plane, si divortium factum sit propter conjugis inopia laborantis adulterium aut malitiosam desertionem, magis est, ut insons opulentus non adigatur invitus ad pascendum nocentem, qui suo scelere individuam vitæ consuetudinem tam turpiter abrupit atque divulsit. Quod enim a Julio Claro *recept. sent. lib.* 5. §. *adulterium n.* 17. aliisque nonnullis traditur, alimenta nihilominus præstanda esse, illo nititur fundamento, quod matrimonii vinculum secundum jus Canonicum ex hisce causis haud dirimitur: cujus contrarium cum apud nos obtineat, contraria quoque sententia de alimentis tali nocenti haud præstandis probanda est. Præterquam quod & plures scriptores Pontificii hanc ipsam foveant sententiam, relati a Berlichio *conclus. practic. par.* 4. *consil.* 31. *n.* 31. Adde *t. de divortiis n.* 18.

9. Cognatis porro remotioribus, qui sunt ultra fratres & sorores, alendi onus a jure impositum non est; licet hoc agendo pietatis atque benignitatis ac misericordiæ officia præstent, adeoque, si patruus fratris filio alimenta suppeditat, liberalitatis illud magis atque arbitrii, quam necessitatis est, arg. *l. si instituta* 27. §. *pen. ff. de inoff. testam. l. ex duobus* 27. §. *Titium* 1. *ff. de negot. gestis*, Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 8. *defin.* 2. *in fine*, Ant. Matthæus *de matrimonio disp.* 11. *n.* 16. & alii citati a Fachineo *controv. lib.* 12. *cap.* 61. Sed nec donatarius omnium bonorum ulla lege ad donatorem egentem alendum devinctus legitur; etsi & hic honeste facturus sit, si laboranti opem ferat quippe ad antidora obligatus, sed eo obligationis genere, quod solo nititur pudoris vinculo, nullam vero exactionem habet, arg. *l. sed & si* 25. §. *consuluit* 11. *ff. de hered. petit.* nec inter justas donationis ob ingratitudinem revocandæ causas numeratur hæc, si donanti egeno donatarius alimenta non det, arg. *l. ult. C. de revoc. donation. l. donatus* 35. §. *sed mortis* 2. *ff. de mortis causa donat.* Nec adversatur *l. decurionibus* 8. *ff. de decurion.* cum illic iis non decernantur alimenta ob munificentiam, sed quia decuriones erant; licet alimentorum decretum promtius aliquando interponeretur, si sua in patriam munificentia patrimonium absumsissent, Donellus *comment. jur. civil. lib.* 14. *cap.* 27. *vers. sed an non pluribus*, Witsenbach *ad Pand. vol.* 2. *disp.* 16. *n.* 12. dissent. Zoesius *ad tit. ff. de donation. n.* 91. *in fine.*

10. An autem affinitatis vinculum in eodem gradu ad alendum obliget, ad quod vinculum cognationis obstringit, varie disputatur. Generum certe & nurum inopem a socero ali oportere, quia tales per affinitatem liberorum loco sunt, non improbabiliter asserueris; ut vice versa socerum aut socrum a genero ali debere, prolixe discutit, & judicatum refert Brodeau *in notis ad Loue lit. F. n.* 29. *in med usque ad finem.* Vitricum tamen aut novercam ad alendos privignos paupertinos non esse compellendos, usque adeo, ut si aluerint, credantur animo repetendi alimenta subministrasse, nisi privigni operas cum alimentis præstitis compensandas exhibuerint, vel aliter contrarium docuerint, colligi potest ex *l. si paterno* 15. junct. *l. alimenta* 11. *C. de negot. gestis l. in rebus* 18. §. *possunt* 2. *in fine ff. commodati.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 10. *defin.* 25. 26. 27. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 95. præsertim cum nemo in dubio credatur donare velle aut suum jactare, *l. cum de indebito* 25. *ff. de probation.* Adde tamen D. Joh. a Someren *de jure novercarum c.* 2. *n.* 2. Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *c.* 2. *n.* 109. 210. 211. 212. & quæ scripsi *in tit. de ritu nupt. num.* 81. 82. & *in seqq. h. t. n.* 16. 48. Viceversa nec privigno imponendum, ut novercam vitricumve egentem sustineat, nisi forte parentis sui opulenti heres sit, & ad novercam paupertinam quarta aut filialis portio non pervenerit; quod pluribus exsequitur D. a Someren *d. tract. de jure novercar. cap.* 10. *n.* 2.

11. Qui vero in concursu plurium ad alendum obligatorum ad alimenta præstanda compelli debeant; An nepotes ad avum alendum, si pater intermedius alere possit, vel alius filius opulentus adhuc existat? An existente matre opulenta & fratre pluris opulenti herede, mater magis an frater? An uni ex pluribus liberis aut fratribus soli totum alendi onus injungi possit? & quæ sunt hujus generis alia plura, non tamen certis regulis definiri posse videntur, quam potius pro multiplici circumstantiarum varietate constituenda, atque ita circumspecti & æqui judicis arbitrio committenda sunt; ac conferendi, qui de alimentis ex professo scripserunt, Surdus, Pontanus, Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 10. *defin.* 19. 21. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 279.

12. Quod si nullus ex iis, qui ad alendum compelli possunt, existat, aut idoneus sit, publice ex eleemosynis alendi sunt, & infantes etiam expositi, orphanotrophiis offerendi; de quibus ad amputandas lites inter Hollandiæ civitates edictum ab Ordinibus Hollandiæ conditum est 8. *Aug.* 1682. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 1420. Adde Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *c.* 10. *n.* 7. Mollerum *lib.* 4. *semestr. c.* 45. Sande *decis. frisic. lib.* 2. *tit.* 8. *defin.* 4.

13. Modum compellendi ad alimenta quod attinet, non actionis remedio locus est in hisce ex officio pietatis debitis, uti quidem actio datur, ubi ex contractu vel testamento obligatio ad alendum descendit; sed magis extraordinaria atque summatim peragenda (vide *tit. de judiciis n.* 4. *in fine.*) persecutione desiderandum est, ut magistratus cognitionem interpo-

fiat, ac pro modo facultatum & qualitate alendorum, eorumque, qui alere debent, alimenta constituat, ac, ni præstentur, captis atque distractis pignoribus præbeat illis, qui secundum pietatem alendi sunt, *l. si quis ex his* 10. *ff. h. t. l. ult. C. h. t. de alendi liberis ac parent. l. qui filium* 4. *ff. ubi pupillus educ. vel morari deb.* Nec tantum is, qui alendus est, sed & pro eo, si forte impubes sit, cognatos atque propinquos audiri, æquum visum fuit, *d. l.* 4. *ff. ubi pup. educ.* imo popularem esse hanc pro alimentis persecutionem, tradit Pontanus *de alimentis cap.* 2. *n.* 22. In definienda autem alimentorum quantitate judex omnium bonorum ejus, qui ad alendum damnandus est, rationem habere debet, adeoque & eorum, quæ extra ipsius territorium sita sunt, ut eorum contemplatione majorem modum statuat, arg. *l. magis puto* 5. *§. Illud quari* 12. *ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt &c. §. datus* 17. *Instit. de excus. tut. l. propter litem* 21. *§. licet* 2. *ff. de excus. tut.* Ant. Matthæus *de matrimonio disput.* 11. *thes.* 20. Quod si quis ad alimenta præstanda interpellatus sese patrem neget, aut in genere talem, cui ex lege incumbit alendi necessitas, non videntur alimenta interim decernenda, nisi postquam summatim super ea re cognitum fuerit, ac probabile fiat, illum, qui se patrem filiumve negat, talem esse, *l. si qui* 5. *§. si vel parens* 8. *ff. h. t. l.* 1. *§. si ea* 14. *ff. de ventr. in possess. mitt.* vel is, qui filius dicitur, sit in quasi possessione filiationis (ut ita loquar) dum is, qui pater dicitur, eum ut filium semper habuit, & filium præsentem apud acta nominavit, arg. *l. ult. C. de ordine cognit.* Rebuffus *de sentent. provisional. art.* 1. *gloss.* 2. *n.* 21. Perezius *tit. Cod. de alendis liberis & parent. n.* 2. 3. Quo tamen casu temporaria alimentorum adjudicatio veritati nullum inferet præjudicium, nec eo ipso judicatum censebitur, quod filius aut pater sit, eo quod in interponendo hoc decreto plena de jure familiæ seu status quæstione cognatio habita non est, *d. l.* 5. *§. meminisse* 9. *ff. h. t.*

14. Cessat tamen hoc alimentorum præstandorum onus, & ad illud subeundum coactio, si liberi validi vigentesque opificium calleant, ex quo victum & amictum sibi parare queunt, cum id satis honeste salvis natalibus ac conditione familiæ exercere valent, *l. si quis* 5. *§. sed si filius* 7. *ff. h. t.* ibique Gothofredus *in notis.* Qua de causa etiam ea, quæ liberi ex opificio vel artificio lucrifaciunt, dum a parente aluntur, parenti ipsi acquiruntur, licet is in assignandis bonis parentis prædefuncti alendi provinciam in se suscepisset; cum probabiliter tunc temporis etiam de opificio secundum conditionem exercendo lucroque inde sperando, cogitatum sit. D. a Someren *de jure noverc. cap.* 5. *sect.* 1. *n.* 8. Adde omnino *tit. de peculio n.* 4.

15. Longe magis quiescet alimentorum obligatio, si ex bonorum paternorum aut maternorum aliorumve adventitiorum reditu sese possint exhibere; quippe qui tunc parentibus saltem usque ad justum alimentorum modum cedere debent, arg. *l. Nesennius* 34. *ff. de negot. gestis, d. l.* 5. *§.* 7. *ff. h. t. l. ult. ff. de hered. petit.* Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 8. *defin.* 3. Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *c.* 2. *n.* 202. *& seqq.* Groenewegen *ad §.* 2. *Instit. per quas person. cuique acquir.* Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 129. & *par.* 4. *consil.* 287. *n.* 3. Usque adeo, ut, licet extraneus quis bona liberis reliquisset ea lege, ut fructus & usuræ inde percipiendæ in sortis augmentum cederent, recte nihilominus parens desideret, haud difficulter etiam impetraturus, eam proventuum partem sibi permitti, quæ congruo alimentorum liberis præstandorum modo respondeat. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 146. *& part.* 4. *consil.* 275. *quæst.* 3. Sed & si extraneus liberos Titii heredes in proprietate scripserit, ipsi Titio usumfructum dederit ea lege, ut inde liberos alat, liberis autem talibus alia deinceps bona acquirantur, vel ex hereditate parentis unius præmorientis, vel aliunde, pater etiam reliquorum bonorum fructus suos facere poterit, quamdiu liberos alit, si modo doceat, legatum sibi usumfructum haud sufficere ad alimenta congrua liberis pro sua conditione ac dignitate præstanda. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 315. (*revera* 215) *pag.* 563. Uti vice versa, si in assignandis bonis paternis aut maternis superstes insuper alendi onus in se susceperit, & aliunde liberis bona obveniant, ex justa causa impetrare poterit, etiam bonorum illorum fructum sibi in totum aut pro parte ad pleniorem liberorum alimoniam permitti, si constet, proventum bonorum parentis prædefuncti, mercedibus ex opificio liberorum redigendis junctum, ferendo alimentorum oneri parem non esse, uti id judicatum, ac statutis nonnullis cautum docet D. Someren *de jure novercar. cap.* 5. *sect.* 1. *n.* 8. *W. de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 2. *num.* 214.

16. Sortem tamen ipsam patrimonii paterni vel materni aut bonorum adventitiorum absumi in liberorum educationem, ubi reditus ipsi non sufficiunt, parenti superstiti haud indulgendum, sed magis ille ex suo patrimonio lucrisque quotidianis supplere debet, quod redituum quantitati ad alimenta deest. Tuldenus *in Cod. tit. de alend. liber. ac parent. n.* 6. Resp. Jurisc. Holl. *de part.* 2. *consil.* 129. & *d. part.* 4. *consil.* 275. *quæst.* 3. Wesel *de connub. societ. d. tract.* 2. *c.* 2. *num.* 207. *ibique plures cit.* Nisi parentis superstitis conditio atque lucrandi occasio tam tenuis sit, ut opificio & reditu bonorum tum ad se, tum ad liberos pertinentium se cum sua progenie exhibere nequeat; tunc enim post causæ cognitionem magistratus, aut saltem Curiæ superiores, ipsius sortis diminutionem ad alimenta non immerito concesserint, Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *c.* 9. *num.* 8. 9. 10. 11. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 69. 70. 280. & *part.* 4. *consil.* 276. *in fine.* Wesel *d. tract.* 2. *c.* 2. *n.* 208. ubi & statuta id caventia recensent. Quinimo, non sine ratione tentaveris, an non eo casu, quo unus parens superstes liberis suis præmorientibus non potest succedere, (prout id obtinet in Hollandia ex Juris Scabinici dispositione) heredibus, hereditatem suorum liberorum, a tempore soluti matrimonii nutritorum ac deinde morientium, vindicantibus, deducere possit, viri boni arbitratu, id, quod supra bonorum ad istos liberos pertinentium reditus annuos probabiliter erogavit in honestam eorum educationem: eo quod durum nimis videtur, parentem superstitem, nihil ex bonis eorum lucrantem, non modo liberorum, sed & impensæ in alimenta factæ jacturam facere, cum lucro eorum, qui subinde luctum parentis acerbissimum sibi ob adventitium hereditatis commodum in gaudia vertunt. De suo sane liberos potius alendos esse, quamdiu

quid superest, ratio dictat; nec id, quod parens liberis superstitibus ex pietate non fuisset imputaturus, etiam extraneis, luctuosam liberorum turbato mortalitatis ordine praemortuorum hereditatem ablaturis, remissum cupit. Confer Responsa Jurisc. Holl. *par.* 4. *cons.* 276. *fere in fine*. Sed &, si parens superstes ad alia vota transierit, & prioris thori liberis alimenta, reditum patrimonii ad illos pertinentis excedentia, praebuerit, ac ipsi cum conjuge secundo aut secunda bonorum omnium vel acquaestuum intercesserit communio, nonnullis visum fuit, non aliter alimenta talia communioni, adeoque vitrico vel novercae pro semisse imputanda esse, quam si sors omnis liberorum primi thori in alimoniam eorum absumta sit; eo quod secundum ante dicta vitricus aut noverca privignis alimenta dare obstricti non sunt, D. Someren *de jure novercar. cap.* 2. *num.* 2. *in med.* Plane id, quod amplius in liberos primi thori alendos post sortem eorum absumtam impenditur, communioni decedet, nec vitrico aut novercae quicquam eo nomine praecipere permittendum est; cum scire potuerit in secundis cum viduo viduave nuptias conveniens hic onus incumbere alendi liberos aliunde non habentes. Wesel *de connubior. societ. tract.* 2. *cap.* 2. *n.* 212. Adde *tit. de ritu nupt. n.* 18.

17. Quod si, cum pater in assignatione bonorum maternorum in se suscepisset simul onus alendi liberos ex fructibus eorum, deinceps quidam aut omnes liberi ab avo materno sine ullo patris onere nutriti sint, fructus bonorum maternorum non patri, sed ipsis liberis cedere debent, quasi sine causa futuri apud patrem, alimenta haud praestantem; sic ut tunc pro fructibus, aeque ac pro ipsis bonis maternis, etiam hypotheca legalis in patris patrimonio liberis videatur asserenda esse, D. Someren *de jure noverc. cap.* 5. *sect.* 1. *n.* 10.

18. Sunt & casus, quibus obligatio ad alimenta cessat, sicut illi, qui alendi sunt, nec ex opificio, nec ex bonis propriis se satis exhibeant; puta, si illi ipsi, quibus onus alendi lex solet imponere, adeo tenuis fortunae sint, ut semet ipsos aegre sustineant, Sande *decis. fris. lib.* 2. *tit.* 8. *defin.* 2. *circa fin.* vers. *nam si frater*. Uti &, alendus adversus eum, a quo ali desiderat, eam commiserit causam ingratitudinis, ob quam & juste exheredari posset, arg. *d. l. si quis* 5. §. *idem judex* 11. *ff. h. t.* junct. *nov.* 115. *cap. aliud quoque* 3. & 4. Gomezius *variar. resolut. tom.* 1. *cap.* 11. *n.* 13. *in fine*. Tuldenus *ad tit. C. de alend. liberis aut parent. num.* 5. Rebuffus *de sent. provision. art.* 1. *gloss.* 2. *n.* 24. 25. Neque etiam obligatio haec alendi ad heredes, qua tales transit; adeoque licet filius patrem, aut frater fratrem sponte alendum susceperit, vel officio judicis ad id compulsus sit, filio tamen vel fratre mortuo, heres ejus neutiquam in onus alendi succedit, *d. l. si quis* 5. §. *item rescriptum* 17. *ff. h. t.* ubi tamen limitatio haec subjungitur, *nisi ad summam egestatem pater deductus sit*: id est, ut Gothofredus *in notis* interpretatur, nisi nullus alius existat filius aut mater aut frater, qui filii defuncti patri ad alimenta tenetur; eo quod is vere ad summam demum videtur redactus egestatem, qui neque patrimonium habet unde se alat, neque propinquos, quos ad alimenta sibi praestanda compellat. Ac in eo haec ex solo pietatis officio nata ad alendum obligatio differt ab ea, quae ex contractu vel testamento descendit: quippe quae & heredes tenet ejus, qui ita ad alendum obstrictus est, *l. alimenta* 16. *pr. ff. de aliment. vel cib. legatis*, arg. *l. si pactum* 9. *ff. de prob.* Atque hinc, licet vitricus aut noverca post dissolutum matrimonii vinculum non teneatur alere privignum inopem, quem tamen pater adhuc vivens tenebatur alere, ac propter patrem etiam noverca, cui cum patre intercesserat bonorum omnium aut acquaestuum communio, in quantum secundum ante dicta in istam communionem veniunt haec alimenta liberis prioris thori nihil habentibus subministrata; tamen si pater per transactionem, qua liberis sui parentis praedefuncti bona assignavit, etiam nominatim in se onus receperit alendi illos liberos, donec singuli ad certam usque aetatem pervenerint, & manifestum sit, propter susceptum illud alendi onus longe minorem patrimonii quantitatem iis, velut patrimonium parentis praedefuncti, fuisse tributam, quam alias tribui oportuisset, ubi tale alendi onus non fuisset susceptum; magis est, ut noverca post talis patris ex conventione obligati obitum ad alimenta privignorum usque ad constitutum tempus pro rata contribuat, ubi ex jure statutariae bonorum omnium communionis partem dimidiam eorum, quae ob assignatam liberis a marito minorem quantitatem apud maritum remanserunt, acquisivit in locis illis, ubi lex *hac edictali* impedimento non est; nisi secundum quosdam id, quod infra justam quantitatem liberis prioris thori assignatum fuerat, iisdem ad legitimum modum usque supplere parata sit. Vide *tit. de ritu nupt. n.* 82. *in med.* Diversum esset, si parens superstes facta minoris quantitatis assignatione, onus alendi liberos singulos ad certam usque aetatem nominatim in se susceperit, ac vel ad alia vota non transierit, vel saltem nihil ex patrimonio ejus ad secundam conjugem jure hereditario aut vi statutariae communionis delatum sit, adeoque liberos solos sibi heredes habeat: neque enim tunc illi, qui cura atque sumtu parentis jam adoleverunt, post patris obitum alere tenentur eos, qui necdum ad aetatem suscepto alendi oneri appositam perducti sunt: eo quod, licet minus ob susceptum tale onus assignatum fuerit, id tamen omne cum reliquo patrimonio parentis ultimo superstitis ad omnes liberos aequaliter delatum est, adeoque singuli plena nunc habent bona, non minus materna quam paterna, ex quibus quisque exhibendus est. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 171. Quin imo, si quis eorum, qui ex vinculo sanguinis ad alimenta praestanda compelli non potuissent, non per conventionem quandam onerosam, aut in consequentiam alterius negotii vel contractus, sed sponte ac ex mera liberalitate alimenta ad certum tempus aut sine temporis adjectione pollicitus sit, & moriatur vivente eo, cui, aut in cujus gratiam pollicitatio talis facta est, ne tum quidem in dubio heredes ejus ad alimenta in posterum danda cogendi videntur, si non ex circumstantiis appareat, hunc fuisse promittentis animum, ut & heredes voluerit obligatos esse. Vide Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 269. & *par.* 5. *consil.* 94.

19. Illud constat, morte ejus, qui alendus est, evanescere obligationem hanc ad alimenta ex pietate & ratione naturali praestanda natam; cum & illa, quae ex contractu vel legato descendit, ita extinguatur, dum ad mortuos alimenta nullam habent rela-

tionem, *l. Mela art.* 14. *pr. ff. de alimen. vel cibar. legatis*, usque adeo, ut si ad alendum obstrictus vestimenta alendo subministraverit, hæc ipsa necdum attrita post mortem alendi ad eum, qui aluit, reverti debeat; cum pars alimentorum sint, & uti victu, ita & amictu nullus indigeat post fata sua. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 45. & *part.* 4. *consil.* 163. *in fine*.

20. Ubi autem divortio facto liberi educandi sint, definitur ex parte in *l. un. & auth. si pater C. divortio facto, apud quem liberi morari vel educari debent*. Qua tamen in re multum arbitrio judicis tribuendum est, Sande *decis. fris. lib.* 2. *tit.* 2. *defin.* 1.

TITULUS IV.

De inspiciendo ventre, custodiendoque partu.

SUMMARIA.

1. *In quibus hic titulus differat a titulo præcedente de liberis agnoscendis?*
2. *Quo modo maritus inspectionem desideret, ubi mulier interrogata se prægnantem negat? Quo modo cogatur inspectionem pati? Si renuncient obstetrices jurato, eam prægnantem non esse, an maritus teneatur actione injuriarum?*
3. *Si vidua se post viri obitum prægnantem dicat, quibus id denunciare debeat? Quæ tunc ante partum, in partu, & post partum observanda sint, ne partus suppositio fiat? In genere mos regionis in hisce servandus est.*
4. *An bonorum possessio partui deneganda sit, si quid eorum, quæ observanda erant, prætermissum sit?*

1. Circa ventrem tria a Jurisconsultis excutiuntur, puta, ventris inspectio, ventris custodia, & ventris nomine missio in possessionem. De prioribus duobus hoc titulo agitur, qui a superiore titulo, Senatusconsulta de partu agnoscendo continente, in eo differt, quod ibi triginta dies nunciationi sunt præscripti, hic non item; licet prætor etiam hic non nisi causa cognita post dies triginta maritum audiat inspectionem desiderantem, *l.* 1. §. *meminisse* 9. *ff. b. t.* quodque Senatusconsulto de liberis agnoscendis etiam locus est post partum jam editum; at ventris inspectio post partum editum haud admittitur; sed maritus tunc potest jure suo filium per interdictum petere, seu desiderare, eum sibi exhiberi, aut ducere permitti, *l.* 1. §. 1. *ff. b. t.*

2. Est autem ventris inspectio, qua marito succurritur, qui, facto divortio, uxorem ex se prægnantem asserit sobolis desiderio, dum illa se prægnantem dissimulat, & irata viro eundem prole beare non vult, ac ob id, marito desiderante, ad prætorem avocatur, & interrogatur an se prægnantem putet. Si venire detrectet, vel apud prætorem quidem sese stiterit, nolit tamen ad interrogata respondere, eam ad id prætor pignora capiendo & distrahendo, vel mulctam indicendo, cogere potest ac coercere, *l.* 1. §. *secundum* 2. & 3. *ff. b. t.* Et quamvis sæpe silentium interrogati a competente judice habeatur pro confessione, vel saltem pariat præsumtionem pro eo, quod maxime obest interrogato in pœna contumaciæ, *l. de ætate* 11. §. *qui tacuit* 4. & §. *nihil* 7. *ff. de interrogat. in jure fac.* hic tamen silentium nec pro affirmatione, nec pro negatione accipitur, sed omnino ad respondendum per remedia prætoria coactio fit, *d. l.* 1. §. 3. *ff. b. t.* Sed si prægnantem se non esse respondeat, prætor ad indagandam veritatem marito ita succurrit, ut tres mittat obstetrices, probatæ artis & fidei, non mariti aut uxoris, sed suo proprio arbitrio eligendas, quæ in designanda per prætorem honestæ matronæ domo mulierem inspiciant, auctoritate prætoris cogendam itidem, si id pati nolit, *d. l.* §. *si quid ergo* 4. & *seqq. ff. b. t.* Quod, ut ut novum videri possit, & a turpitudinis nota non alienum, cum & antiqui impudicam censuerint in puella corporis inspectionem, ad dijudicandum, illane pubes esset, nec ne, *pr. Instit. quib. mod. tutela finitur*, cogitendum tamen, nova atque insolita remedia nonnunquam adhibenda esse, si non aliter rei veritas haberi possit, & necessitatem legis impatientem excludere omnem turpitudinis suspicionem. *Novam rem* (inquiunt Imperatores in *l.* 1. *pr. ff. b. t.*) *desiderare Rutilius Severus videtur, ut uxori quæ ab eo diverterat, & se non esse prægnantem profitebatur, custodem apponat, & ideo non mirabitur, si nos quoque novum consilium & remedium suggeramus, &c.* Quicquid autem renunciaverint obstetrices tres, vel duæ ex tribus, huic fides adhibetur; cum artifici in arte sua credendum sit, *d. l.* 1. *pr. ff. b. t.* arg. *l. septimo mense* 12. *ff. de statu hominum*, si modo jurejurando suam firment opinionem; cum non nisi jurato artifici, de negotio artis suæ respondenti, credi debeat, arg. *l. comparationes* 20. *C. de fide instrument. novell.* 7. *cap. Emphyteusium* 3. §. *scire* 2. *in med. vers. ut neque ulla novell.* 64. *cap.* 1. *fere in fine*, vers. *æstimationem*, *l. hac edictali* 6. §. 1. *C. de secund. nupt. l. nemini* 11. §. *non aliter* 1. *in med. C. de advoc. divers. judicior.* Costalius *ad l.* 1. *ff. b. t. in fine*, Mevius *ad jus Lubec. lib.* 3. *c.* 4. *art.* 2. *num.* 42. *et seqq.* Ant. Matthæus *de matrimonio disp.* 11. *th.* 5. Quod si post sedulam inquisitionem secundum artis suæ præcepta mulierem prægnantem non esse declarent, mulieri adversus maritum prodita est injuriarum actio; eo quod post divortium injuriæ faciendæ causa ventris inspectionem, verecundiam mulieris lædentem, desideraverit: si modo de injuriandi animo constet; qui abfuisse præsumitur, si maritus justas suæ credulitatis causas habeat; dum forte mulier ipsa stante matrimonio se prægnantem dixit aut finxit, atque ita maritum, ut id crederet, illexit: sic ut tunc ignosci marito æquissimum sit, *l.* 1. *pr. et* §. *si omnes* 8. *ff. b. t.* Sin post inspectionem renuncient, mulierem prægnantem esse; persuadendum mulieri, ut custodam admittat, perinde ac si hoc ipsa desiderasset, *d. l.* 1. *pr. ff. b. t.*

3. Habet & locum ventris inspectio, si mulier, marito defuncto, ex eo se prægnantem dicat, ut tamen non eadem omnia hic obtineant, quæ in inspectione post divortium ad ipsius mariti viventis postulationem facta. Etenim postquam hic mulier vidua, se gravidam ex marito defuncto esse, denunciavit iis, quorum interest propter spem successionis, si partus posthumus haud ederetur, liberum ipsis est mittere quinque feminas honestas quæ ventrem inspiciant, *d. l.* 1. §. 10. *ff. b. t.* facienda autem denunciatio his solis, quorum proxime &, ut ita dicam, immediate interest, puta a defuncto marito institutis, vel partui sperato substitutis, vel heredibus ab intestato proxi-

mi gradus, aut fideicommissariis, quibus hereditas restituenda, ubi mulier sine liberis decesserit; non item puta remotioribus, substitutis, aut heredibus ab intestato, ubi alii testamento instituti sunt, nec gradu remotioribus ab intestato demum successuris, ubi defecerint, qui priore gradu sunt, *l.* 1. §. 10. *in pr. et* §. 12. 13. 14. *l. pen. et ult. ff. hoc titul.* Et quia non privatim tantum, sed & publice interest, pa tum non supponi, quo salva sit ordinum familiarumque dignitas, & heredes veri successione non defraudentur, *d. leg.* 1. §. *sed & si* 13. *ff. h. t.* hinc prætor prudenter admodum ac circumspecte edicto suo omnia complexus est, quæ ante partum, in partu, & post partum diligenter observanda sunt, ut omnis subjiciendi partus occasio averteretur; uti hoc intelligi optime potest ex ipsius edicti verbis in *d. l.* 1. §. 10. *ff. h. tit.* propositis, & inter alia ita habentibus: *Mulier ante dies triginta, quam parituram se putat, denunciat his, ad quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum, ut mittant, si velint, qui ventrem custodiant. In quo conclavi mulier paritura erit, ibi ne plures aditus sint, quam unus; si erunt, e utraque parte tabulis præfigantur. Ante ostium ejus conclavis liberi tres, & tres liberæ cum binis comitibus custodiant. Quotiescunque ea mulier in id conclave, aliudve quid, sive in balneum ibit, custodes, si volent, id ante prospiciant; & hos, qui introierint, excutiant. Custodes, qui ante conclave positi erunt, si volunt, omnes, qui conclave aut domum introierint, excutiant. Mulier, cum parturire incipiat, his, ad quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum denunciet, ut mittant, quibus præsentibus pariat. Mittantur mulieres liberæ duntaxat quinque; ita ut præter obstetrices duas in eo conclavi ne plures mulieres liberæ sint quam decem; ancillæ quam sex. Hæ, quæ intus futuræ erunt, excutiantur omnes in eo conclavi, ne qua prægnans sit. Tria lumina, nec minus, ibi sint; scilicet quia tenebræ ad subjiciendum aptiores sunt. Quod natum erit, his, ad quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum, si inspicere volent, ostendatur. Apud eum educatur, apud quem parens jusserit. Si autem nihil parens jusserit, aut is, apud quem voluerit educari, curam non recipiat, apud quem educetur, causa cognita constitutum. Is apud quem educabitur quod natum erit, quoad trium mensium sit, bis in mense ex eo tempore, quoad sex mensium erit, semel in mense; a sex mensibus quoad anniculus fiat, alternis mensibus; ab anniculo quoad fari possit, semel in sex mensibus, ubi volet, ostendat.* Plane mos regionis cujusque in hisce inspiciendus est, ac secundum eum & ventrem, & partum, & infantem observari oportet, *l.* 1. §. *ult. in fine ff. h. t.*

4. Quod si quædam omissa fuerint, prætor se bonorum possessionem partui denegaturum edicit, non semper aut promiscue, sed causa cognita, si nempe solemnitates ordinarias mater per malitiam omiserit: nam si per imperitiam, simplicitatem, rusticitatem nonnulla per mulierem neglecta fuerint, vel si quid eorum, quæ leviter observanda prætor edixit, factum non sit, partui non præjudicatur, quo minus adipiscatur bonorum possessionem, *l.* 1. §. *ult. l.* 2. §. 1. *ff. h. t.* Plura si quis de hisce & similibus aliis desideret, consulat Clarissimi Pagenstecheri *visiones de ventre.*

TITULUS V.

Si mulier ventris nomine in possessionem missa, eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur.

Postquam ex inspectione constat, prægnantem esse mulierem, prætor eam ventris nomine mittit in possessionem bonorum mariti defuncti, ut inde alatur, donec enixa fuerit; de quo est totus *tit. ff. de ventre in possessionem mittendo.* Uti autem prætor facilis esse solet circa bonorum possessionem dandam mulieri ventris nomine; ita quoque dolum omnem ac calumniam mulieris coercere debuit, atque prospicere, ne, dum in favorem partus possessionem pollicetur, aliis prædæ occasionem præbeat, *l.* 1. *pr. ff. h. t. l.* 1. §. 1. *t. seqq.* Ac proinde, si mulier in possessionem ventris nomine missa, aut pater, in cujus potestate est, eadem in aliam dolo malo transtulerit, prodita est actio prætoria in factum rei persecutoria perpetua, stricti juris, non infamans, quæ datur iis, quorum interest, alium in possessionem admissum non fuisse, eorumque heredibus, adversus mulierem, aut patrem ejus in dolo positum, in solidum ad id quod interest; adversus heredes vero ejus, quæ dolo possessionem transtulit, &, si filiafamilias sit, adversus patrem ejus, extra dolum constitutum, non ultra quam quatenus ex facto defunctæ mulieris aut filiæfamilias ad eos pervenit, eo quod hæc actio ex quodam delicto nasci videtur, licet rei persecutoria sit, *l.* 1. §. 1. 4. 5. *l.* 2. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* eo modo, quo & in factum actio ob alienationem judicii mutandi causa dolo malo factam ex eadem ratione datur, *l. item si* 4. §. *ult.* & *ll. seqq. ff. de alien. jud. mut. causa*, excepto eo, quod actio ob alienationem judicii mutandi causa factam non perpetua, sed annalis est; quia ad restitutionem in integrum pertinet, quam jure veteri intra quadriennium continuum peti placuit. Quanquam inficias eundum haud videtur, hanc quoque in factum actionem propter translatam dolo malo possessionem quodammodo subsidiariam esse, quatenus adversus tertium in possessionem dolo admissum prius experiundum, ut de possessione, quam nactus est, decedat *l.* 1. §. *necessario* 2. *ff. h. t.* a quo si quid ob inopiam ejus, aut quia fructus bona fide consumsit, consequi nequeat is cujus interest, tum demum adversus mulierem cæterosque recensitos hac actio in id, quod deest, competit, *l.* 1. §. *interest* 3. *l.* 2. §. 1. *ff. h. t.* in qua *l.* 2. §. 1. pro verbis Florentinæ editionis *ab eo qui in potestate est*, legendum esse, *ab eo qui in possessione est*, secundum alios codices, monet Cujacius *lib.* 23. *observ.* 39. quam lectionem etiam Haloander habet.

TITULUS VI.

Si mulier ventris nomine in possessione calumniæ causa esse dicetur.

Calumniæ causa mulier in possessione esse dicitur, quæ prudens sciensque se prægnantem non esse, vel esse ex alio, nihilominus dolo malo ventris nomine venit in possessionem bonorum mariti sui defuncti, *l. unic.* §. *per calumniam* 2. *ff. h. t. l. notatur*

15. *& ll. seqq. ff. de his qui not. infam.* Cujus facti calumniosi coercendi gratia prætoris edicto prodita est actio ad id quod interest, personalis, stricti juris, annalis, & infamans, quæ datur iis quorum interest missionem non decerni, etiam quandoque legatariis, & eorum heredibus, adversus mulierem, quæ post obitum mariti per calumniam missa est; ut & adversus patrem, si is filiam in potestate habens, eandem per calumniam mitti desideraverit, *l. unic. §. 3. 4. 5. 6. 10. ult. ff. h. t. d. l. 15. & seqq. ff. de his qui not. infam. l. 1. §. ult. ff. de ventre in possess. mitt.* Plane contra mulieris heredes non competit, nisi forte quatenus ex dolo defunctæ ad eos pervenit: quamvis enim ea actor tantum petat id quod interest, adeoque rem, non pœnam persequi videatur, tamen quasi pœnalis est; tum quia non tam favore actoris, quam odio rei, ut calumnia ejus puniretur, introducta est, *l. unic. §. hanc autem* 3. junct. *§. 1. ff. h. t.* tum quia infamiam damnato secundum jam dicta imponit. Cum autem videri nequeat calumniæ causa possessionem petiisse mulier illa, quæ falsa existimatione decepta se prægnantem dixit, vel etiam deferente herede se prægnantem juravit, hac actione famosa convenienda non est, nec ab ea repeti possunt, quæ in ventrem erogata sunt; licet sub prætextu ventris mulier non prægnans alimenta sine causa perceperit; veniam namque meretur bona fides ejus, quæ se prægnantem credidit, aut talem esse juravit ad adversarii delationem, *l. 1. pr. et §. interesse 7. ff. h. t. l. ea, quæ 18. ff. de his qui not. infam. l. 1. §. quare et si 3. l. sumtus 3. ff. de ventre in possess. mitt.*

TITULUS VII.

De concubinis.

SUMMARIA.

1. *Quid sit concubinatus? Proxime ad uxorem concubina accedit. Quo modo concubinatus a stupro distet?*
2. *Recensentur convenientiæ inter nuptias & concubinatum.*
3. *In quibus concubinatus differat a justis nuptiis, & liberi naturales a legitime natis? Concubinatus jure civili non probatus, sed toleratus fuit. Moribus improbatus est, & varie punitur; nec concubina differt a meretrice.*
4. *Quid sit legitimatio? Quot modis fieri potuerit? An & per adrogationem, aut filii nominationem?*
5. *Quo modo facta legitimatio per oblationem curiæ, & qui fuerint effectus ejus? De filiabus illegitimis decurioni nubentibus. An hoc modo spurii & incestuosi potuerint legitimari?*
6. *Quando, & per quos inducta fuerit legitimatio per subsequens matrimonium? Qui sint effectus ejus?*
7. *An nepos legitime natus ex filio naturali fiat avo legitimus, si is vivo vel mortuo filio naturali concubinam ducat in uxorem?*
8. *An per subsequens matrimonium legitimari possint spurii, nati ex soluto & ligata, vel ligato & soluta. Et quid si solutus & ligata putaverint, maritum mortuum jam esse?*
9. *An & incestuosi? Quid si solo jure civili incestus fuerit, & dispensatio ad nuptias post modum obtenta sit? An nati ex illo vel illa, qui queve nuptias cum impotente contraxerat, & potenti se junxerat, antequam matrimonium nullum pronunciaretur, si postea nuptiæ sequantur?*
10. *An natus ex clerico in minoribus ordinibus constitutus? Et quid juris apud nos?*
11. *An legitimatio per subsequens matrimonium in agone mortis fieri possit? & quid, si post nuptias concubitus secutus non sit? An impediatur legitimatio per id, quod inter concubinatum & nuptias cum concubina matrimonium aliud intercessit? An tunc jure primogenituræ gaudeat, qui ex concubina primogenitus est, cum ex intermedio matrimonio existit filius legitime natus?*
12. *An necesse, ut liberi per subsequens matrimonium legitimandi adsint tempore nuptiarum? An, ut instrumenta dotalia interveniant?*
13. *Quid sit legitimatio per rescriptum Principis? Quales liberi ita legitimari possint?*
14. *An legitimatio hæc fieri possit, extantibus aliis legitime natis? An & post mortem patris naturalis? Et quid his in casibus operetur respectu successionis? An ita legitimati succedant patri, si is post legitimationem suscipiat liberos legitime natos?*
15. *An ad hanc legitimationem vivo vel mortuo patre factam requiratur consensus agnatorum? Et quid moribus?*
16. *Legitimatio hæc a quo Principe petenda sit? An legitimatus in uno territorio ubique habeatur pro legitimo?*
17. *Legitimatio per rescriptum pertinet ad majestatica.*

1. Concubinatus est, cum vir celebs mulieri liberæ affectu non conjugali cohabitat, sic ut illa uxor quidem non sit, sed tamen uxoris loco sine nuptiis in viri domo moretur, *l. libro memorialium 144. ff. de verb. signif.* & proxime ad legitimas uxores secundum jus civile accedat; indeque inæquale cum ea conjugum esse dicatur, *l. si quis naturalem 3. vers. quod si alterutra C. de naturalibus liberis*, ac secundum Ulpianum ab uxore legitima non nisi honestate, id est honore seu dignitate concubina differat, *l. probrum 41. §. 1. ff. de ritu nupt.* junct. *l. item legato 49. §. parvi 4. ff. de legatis 3.* denique ex sola pendeat animi destinatione, an concubina, an uxor sit, *l. pen. ff. h. t. l. in libera 24. ff. de ritu nupt.* præsertim cum placuerit, nec dotis instrumenta, nec pompam, aliamve celebritatem ad matrimonii substantiam vel firmitatem desiderari, juxta *l. donationes 31. ff. de donation. l. si donation. l. donationem 22. C. de nuptiis.* Ut tamen non omnis ea, quæ uxor non est, protinus concubina dici debeat, sed demum, si concubinæ affectu habita sit, arg. *l. hac ratio 3. §. 1. in fine ff. de donat. inter vir. & uxor.* Quod ipsum etiam testatione manifestum faciendum fuit, si quis ingenuam & honestæ vitæ mulierem in concubinatum habere maluerit, quam in matrimonium, ne alioquin stuprum intelligatur cum ea committere, atque ita legis Juliæ pœnis obnoxium se reddat, *l. in concubinatu 2. ff. h. t.*

2. Plurimas autem inter matrimonium & concubinatum convenientias jus civile nobis suggerit: uti enim viro uxorem habenti prohibitum est aliam uxorem superinducere, ita nec sine scelere præter u-

xorem legitimam insuper concubinam alit, *l. unic. C. h. t.* ut plures eodem tempore uxores habere non licet, ita nec effusa quadam concupiscentia plures concubinas, ad effectum concubinatus & liberorum inde natorum, *novell.* 18. *cap. consideremus* 5. vers. *si autem confusa nov.* 89. *cap. discretis* 12. §. *si vero effusa* 5. ut nuptiæ non sunt cum minore annis duodecim, ita nec concubinatus, *l.* 1. §. *ult. ff. h. t.* ut matrimonium legitimum, ita & concubinatus per leges nomen assumsit, & extra legis pœnam est, *l. in concubinatu* 3. §. *ult. ff. h. t.* ut in nuptiis, ita & in concubinatu a nefariis incestisque conjunctionibus abstineri debet, *l. etiamsi* 56. *ff. de ritu nupt. l.* 1. §. *si qua* 3. *ff. h. t.* ut filius juste a patre exheredatur, si uxori sui patris seu novercæ suæ sese miscuerit, ita & si concubinæ ejus, *novell.* 115. *cap. aliud quoque* 3. §. *si noverca* 6. Denique uti justas nuptias furor superveniens non solet interrumpere, ita nec concubinatum, *l. si patronus* 2. *ff. h. t.*

3. Non tamen differentiæ desunt: nam & ancillæ in concubinatu esse potuerunt, cum quibus tamen matrimonium non est, *l. denique* 8. *ff. de pign. & hypoth. l. pen. ff. de reb. auctor. jud. possid. novell.* 18. *cap. quod autem* 11. Et quamvis nullus ejus provinciæ, quam administrat, puellam possit uxorem ducere, concubinam tamen assumere haud vetatur, *l. ult. ff. h. t.* junct. *l. si quis officium* 38. *pr. ff. de ritu nup.* Sed & honore seu dignitate concubina a legitima uxore distat, dum neque matrisfamilias honestatem habet, nisi in patroni sui concubinatus sit, *l. si uxor* 22. *pr. ff. ad leg. Jul. de adulteriis*, neque jurium atque dignitatum ejus, cujus concubina est, particeps fit; cum hic tantum nuptiarum affectus sit, arg. *l.* 1. *ff. de ritu nup. l. donationes* 31. *pr. ff. de donation. l. ult. C. de incolis.* Præterea qui damnatam adulteriis sciens uxorem duxit, lege Julia de adulteriis tenetur, cui tamen legi obnoxius non est, qui talem sibi in concubinam habet, *l.* 1. §. *qui autem* 1. *ff. h. t.* junct. *l. castitati* 9. *C. ad leg. Jul. de adulter.* Inter concubinam quoque & eum, cujus concubina est, donationem consistere, actionem furti posse locum habere, alibi dictum est; cum nihil horum inter conjuges admissum sit. Et e converso in uxore sæpe de dote & divortiis quæstiones oriuntur, quarum nullus in concubinatu usus est. Denique ex uxore liberi nascuntur legitimi ac in potestate; ex concubina naturales tantum, qui neque dignitatis paternæ participes sunt, nec eodem, quo ille, gaudent natalium splendore, Confer Ant. Fabrum *Cod. lib.* 9. *t.* 29. *defin.* 20. Tyraquellum *de nobilit. cap.* 15. Etsi enim concubinatum *licitam consuetudinem* Imperator dicat in *l. si qua illustris* 5. *C. ad Senatus. Orfitianum*, non tamen ideo legitima, seu per leges approbata, sed tantum tolerata conjunctio fuit; neque omne, quod licitum, mox etiam legitimum, imo ne honestum quidem est, *l. non omne* 144. *ff. de reg. juris.* Adde *t. de just. & jure n.* 10. & moribus hodiernis, convenienter *novella Leonis* 91. concubinatus in illicitarum atque prohibitarum conjunctionum classem relatus est, nec concubinæ ab aliis scortis & meretricibus fornicantibus distinctæ sunt, aut ulla præ illis prærogativa gaudent, teste Grotio *in manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 5. Unde nec ullos hodie liberos naturales, sed omnes spurios esse monet Cujacius *lib.* 5. *observ.* 6. *in fine*, eo forte excepto, quod ex concubina nati per subsequens matrimonium legitimari possint, contra quam in spuriis ex vago concubitu quæsitis est. Quicquid sit, illud constat, eum, qui concubinam monitus non dimisit, nunc pœnis pecuniariis atque etiam aliter ex contumaci perseverantia coerceri posse, *Politike ordonantie van Holland.* 1580. *art.* 3. *in fin.* van Uytrecht. 6. *Octob.* 1584. *art.* 14. Eeth reglement *van de Staten Generaal* 17. *Martii* 1655. *art.* 72. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2443. Groenewegen *ad l.* 2. *& auth. nunc soli C. de naturalib. liber. & matrib. eor. &c.* Quibus porro nominibus idiomate Belgico denotentur variæ liberorum illegitimorum species, tradit Gorius *d. lib.* 1. *cap.* 12. Ant. Matthæus *parœmia* 1. *n.* 11. 12.

4. Quia vero illegitime nati nihil turpe admiserunt, adeo ut ob eam rationem nec dignitatem eis impediendam esse, Papinianus scripserit in *l. spurii* 6. *pr. ff. de decurion.*, hinc nec a ratione alienum fuit, adinveniri modum, quo macula nativitatis aboleatur; qualis est legitimatio, actus nempe, quo liberi illegitimi fiunt legitimi; seu, quo in liberos non legitime natos conferuntur jura liberorum legitime natorum. Cujus tres præcipui modi fuerunt tempore Justiniani, puta, per oblationem curiæ, per subsequens matrimonium, & per rescriptum principis. Quod enim spectat legitimationem per adrogationem, dum pater suum filium naturalem adrogabat, & ita ex naturali faciebat legitimum ex Constitutione Anastasii, ea jam ante tempora Justiniani in desuetudinem abierat, quippe per Imperatorem Justinum abrogata, *l. jubemus* 6. *& l.* 7. *C. de natural. liberis.* Et quod attinet nominationem *filii*, qua quidam legitimationem factam autumant, si id in instrumento, vel apud acta fieret, *novell.* 117. *cap. ad hoc autem* 2. ea magis ad nuptiarum pertinuit probationem, adeoque potius filios monstravit legitime natos esse, quam distinctam constituit speciem legitimationis. Uti enim neque professio neque asseveratio nuncupantium filios, qui non sunt, veritati præjudicat, aut filios facit, *l. neque professio* 5. *C. de testamentis*, ita nec legitimos facit illos, quos constat nunquam legitimatos fuisse.

5. Per oblationem curiæ legitimatio fiebat apud Romanos, cum vel ipsi liberi illegitime nati semetipsos curiæ offerunt, liberis aliis legitimis ex patre non existentibus, vel patres ipsi suos liberos illegitimos, licet legitimos alios habeant, offerunt in municipiis unde oriundi sunt, vel quibus vicus, unde oriundi, respondet, vel in ea civitate, quæ principatum totius provinciæ tenet, ut ibi onerum & munerum curialium una cum cæteris fiant participes. Quo facto legitimi quidem efficiebantur patris intuitu, sed agnitionis jura non consequebantur, neque patris sui cognatis succedebant, ut nec illi talibus legitimatis. Et quamvis mulieres, ab omnibus civilibus remotæ officiis, curiæ oneribus subjici haud potuerint: tamen si nupsissent decurioni, uti splendebant dignitate maritorum, ita quoque per ejus participium perveniebant ad legitimorum jus, *l. si quis naturalem* 3. *l.* 4. *l. communium* 9. *C. de natural. liberis, novell.* 89. *cap. primus itaque* 2. *& seqq.* Rittershusius *ad novellas par.* 4. *cap.* 12. *num.* 10. Videnturque hoc modo etiam spurii & incestuosi legitimati fuisse, arg. *l. spurii* 6. *ff. de decurion.* Hunc vero modum moribus

hodiernis ignotum esse, notius est, quam ut confirmatione opus esset.

6. Legitimationem per subsequens matrimonium primitus introduxit Constantinus Imperator, se tantum intuitu liberorum, qui tunc nati erant; naturales namque postea nascituros hoc modo legitimari prohibuit, matrimonia potius justa in posterum contrahi debere constituens, quam concubinatum, naturæ & divinis præceptis adversum. Et hanc Constantini constitutionem Zeno Imperator renovavit, *l. Divi* 5. *C. de natural. liberis novell.* 89. *in præfat.* Posteriores Imperatores paulatim in mitiorem transiverunt sententiam, dum Anastasius etiam in liberis in posterum ex concubina nascituris hanc per subsequens matrimonium legitimationem valere jussit, *l. jubemus* 6. *C. eod. t.*; ac denique Justinianus, uti plenius indulsit concubinatui, ita & modis omnibus confirmandum censuit cum concubina matrimonium, & natorum ex ea liberorum jus; sic ut hi plenissimum inde adipiscerentur legitimationis effectum, & per omnia consequerentur jus familiæ, agnationis, nobilitatis, successionis; patriæque subjicerentur potestati, & ut verbo dicam, haberent in universum jura legitimorum liberorum, perinde ac si tales non facti, sed nati fuissent, *l. cum quis* 10. *l.* 11. *C. de natural. liberis*, *novell.* 12. *cap. dubitatum* 4. *novell.* 18. *cap. neque illo* 4. §. 1. & *cap. quod autem* 11. *novell.* 19. *novell.* 4. *in præfat.* & *cap.* 1. *novell.* 89. *cap. reliqui* 8. §. *sui autem* 2. *Inst. de hered. quæ ab intestato*, §. *ult. Inst. de nupt.*

7. Legitimato autem filio naturali per subsequens matrimonio, fiunt quoque avo legitimi nepotes, qui ex filio naturali legitime nati sunt, dum avus vel vivo vel mortuo filio naturali concubinam suam uxorem ducit; tum, quia generaliter per nuptias *liberi* dicuntur legitimati *in* §. *ult. Inst. de nuptiis*, *t. C. de naturalibus liberis*, liberorum autem appellatione nepotes continentur, *l. liberorum* 220. *ff. de verb. signif. ult. Inst. qui testam. tut. dari poss.* tum etiam, quia nuptiæ per jus finguntur retro cum concubina contractæ eo tempore, quo illa primitus in concubinam assumta fuit, atque ita filius quoque retro legitimus fingitur: ut proinde nepoti obesse nequeat, quod a dissentientibus obtenditur, filium intermedium, ante nuptias sui patris cum concubina morientem, nullo tempore legitimum fuisse; cum potius matrimonio quandocunque secuto filius retro legitime natus, & ita tempore nativitatis ac mortis legitimus fuisse intelligatur. Firmatque hanc sententiam, quod & ex filio jam mortuo vel ex filio incerto, qui nuspiam apparet, aliquis in neptem adoptari possit, non alia ratione, quam qua fingitur esse filius intermedius, qui vel nunquam fuit, vel fuit quidem, sed ante adoptionem nepotis esse desiit, *l. adoptare* 37. *l. adoptiones* 43. *ff. de adoption.* §. *licet autem* 5. *Inst. de adoption.* Atque hinc etiam, si filio meo jam mortuo Titium adoptavero, videri eum defuncti mei filii fratrem fuisse, quasi jam tum vivente adhuc filio meo fuisset adoptatus, Paulus auctor est, *l. si filium* 5. *ff. de gradibus et affin.* Fachineus *controv. lib.* 3. *cap.* 56. Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 8. Perezius *ad t. C. de naturalibus liberis n. quæritur* 17. diss. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 414. *n. ult.*

8. Ad hanc vero legitimationis speciem requiritur, ut vir cælebs fuerit eo tempore, quo concubinam aluit, eamque talem, cum qua erat vel saltem esse poterat connubii jus, *l. Divi* 5. *l. legem* 7. *l. cum quis* 10. *l.* 11. *C. de natural. liberis*, *novell.* 89. *cap. reliqui* 8. Cui consequens est, ut hac ratione soli legitimari possint liberi naturales, non spurii, nec adulterini. Adeoque non illi, qui nati sunt ex soluto & ligata, vel ligato & soluta, ubi post modum defuncto marito vel uxore nuptiæ inter eos jam vinculo matrimonii prioris non amplius impeditos contractæ fuerint, etiamsi alteruter vel etiam uterque ignorasset, vinculum matrimonii adhuc durare; dum forte mulier maritum habens in Indiam profectum, eumque falso rumore mortuum credens, alteri sese in nuptias aut concubinatum dedit, ac postmodum mortuo vero primo marito, vel post reditum nolente ad uxorem ita pollutam reverti, matrimonium cum viro altero publica firmatur auctoritate, aut de novo cum ea contrahitur, cum qua prius sub obtentu concubinatus consuetudo vivente priore marito intercesserat; de quo casu actum in *t. de ritu nupt. num.* 99. Licet enim error justus errantes a graviore pœna adulterii, quod vere intercessit, excuset, *arg. l. hac verba* 12. in verbo, *dolo malo*, *l. pen. ff. ad leg. Jul. de adulter.* junct. *l. qui contra* 4. *C. de incest. nupt. l. ult. in fine ff. de ritu nupt.* non tamen conjunctionem ipsam immutat, aut liberos inde natos numero adulterinorum eximit: nam &, si incestuosum inter ignorantes matrimonium intercesserit, non eo minus incestuosi erunt, qui inde nati sunt, nullum ex parentum ignorantia subsidium habituri, *cap. cum inhibitio* 3. vers. *si quis vero*, *extra de clandestina desponsatione*, §. *pen. Inst. de nuptiis.* Fachineus *controvers. lib.* 3. *cap.* 55. Francisc. Sarmientus *select. interpret. lib.* 1. *cap.* 6. Ne dicam vix esse, ut inter adulterum & adulteram nuptiæ permitti debeant, ut monitum in *t. de ritu nupt. n.* 27. Vide tamen *t. senatusc. Tertull. et de success. ab intestato ex jure noviss. n.* 8. *in fine.*

9. Longe magis excludendi ab hac legitimationis specie incestuosi, illis certe in casibus, quibus incestus jure divino damnatus est, ut nec per dispensationem Principis nuptiæ permittendæ sint. Nam cum subsequens matrimonium nullum eo casu possit intelligi, etiam legitimatio ex eo, quod non est, frustra derivatur. Diversum esset, si ex conjunctionibus sola lege civili incestuosis proles vel citra vinculum matrimonii de facto interpositum, vel etiam eo sine dispensatione præcedente contracto, nata esset, deinceps vero nuptiæ per interpositam a Principe dispensationem celebratæ fuissent, vel confirmatæ: eo quod subsecuta legis civilis prohibentis laxatio licitam effecit, vel saltem vitio purgavit retro conjunctionem illam, quæ secundum jus naturæ atque divinum interdicta non est, ut hoc pluribus exsequitur Hugo Grotius in Responsis Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 314. *(revera* 214.*) pag. mihi* 559. & *seqq.* Sed & si, cum matrimonium ipso jure nullum ab initio esset ob coeundi impotentiam, sive ex viri, sive ex mulieris defectu, alteri sese junxerit is, qui, quæve sexu suo valet, sobolesque inde nata sit, ac postmodum, matrimonio ob impotentiam ipso jure nullo pronunciato, nuptiæ cum eo, eave secutæ sint; magis est, ut & proles illa ante nata per subsequens matrimonium legitimata intelligi debeat. Cum enim

re ipsa nuptiæ non fuerint, uti rei judicatæ eventus declaravit, atque ita ex soluto ac soluta, inter quos jus connubii est, partus sit editus, nulla juris ratio occurrit, cur non ex nuptiis subsecutis legitimorum jura proles talis nanciscatur. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil. ult.*

10. An natus ex clerico in minoribus ordinibus constituto ex principiis juris Canonici per subsequens matrimonium legitimari possit, tractat Fachineus *controvers. lib.* 3. *cap.* 52. De quo inter Reformatos quæstio esse nequit; apud quos nulli clerico etiam in majoribus ordinibus constituto matrimonium interdictum est, sicut liberi pronunciandi sint per subsequens matrimonium legitimati, quos monachus aut sacerdos alius Pontificius ex moniali genuit, ubi in has regiones sese contulerint, & matrimonio jungi desiderent, sine obstaculo impetraturi, ex notissima praxi. Adde Resp. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 135. *in med.* Burgundum *ad consuet. Flandr. tract.* 13. *n.* 6. Radelantium *Curiæ Ultraject. decis.* 58.

11. Nihil autem interest ad effectum legitimationis, quo tempore nuptiæ subsequantur; adeo ut vel in agone mortis interpositæ sobolem antea editam efficiant legitimam dum quisque matrimonium inire valet, quamdiu vivit, arg. *novell.* 74. *cap. illud quoque* 4. §. *quisquis* 3. *l. hoc genus* 106. *ff. de condit. & demonstrat.* Mantica *de conject. ultim. volunt. lib.* 11. *tit.* 13. Wesel *de connub. societ. tract.* 1. *n.* 32. aliique *ab eo citati*, si modo nostris moribus solemnia nuptiarum adhibeantur; aut super his dispensatio obtenta fuerit; Vinnius *ad* §. *ult. Instit. de nuptiis n.* 5. utcunque post nuptias contractas propter supervenientem mox alterutrius mortem nullus concubitus subsecutus fuerit; etiam illis in locis, in quibus alioquin ex speciali statuto ingressus in thorum ad producendos nuptiarum effectus desideratur, secundum ea, quæ in *tit. de ritu nupt. n.* 93. dicta sunt; eo quod ille ingressus in thorum tantum videtur requiri ad productionem illorum effectuum, qui non nisi ex statuto ingressum desiderante, aut pactionibus dotalibus conceptis descendunt, qualis est bonorum communio, & alia similia; non item in iis, qui ex legibus civilibus obtinent, inter quos legitimatio est, Ant. Matthæus *paræmia* 2. *n.* 14. Wesel *d. tract.* 1. *n.* 32. Quid, quod nec impedita censeri debet legitimatio ex eo, quod inter concubinatum & nuptias cum concubina legitimum aliud matrimonium intervenit, veluti, si Titius Cajam concubinam aluerit, & cum liberos ex ea suscepisset, derelicta ejus consuetudine, Meviam uxorem duxerit, Meviaque deinde mortua, ac liberis ex eo quoque matrimonio superstitibus, ad pristinos ejusdem concubinæ reversus amores, eandem sibi matrimonio junxerit, *novell.* 74. *cap. sit igitur* 2. *in fine.* Tiraquellus *de jure primogenituræ quæst.* 34. *n.* 3. ac plurimi ab eo adducti. Usque adeo, ut & merito concubina natum, ac post liberos alios ex Mevia legitimatum per subsequentes cum Caja nuptias, jure primogenituræ oportere gaudere in feudis aliisque similibus, quæ ex moribus per primogenitos præcipienda, nec cæteris fratribus communicanda sunt. Cum enim legitimatio per subsequens matrimonium omne purget vitium nativitatis, & ita legitimati per omnia legitime natis exæquati sint, ac retronuptiæ a primo concubinatus momento fingantur cum concubina intercessisse, & ob id liberi etiam medio tempore nullam nativitatis maculam sustinuisse, arg. *l. ult. in fine ff. de natal. restit.* junct. *d. novell.* 74. *cap.* 1. 2. fictioque tantundem operari soleat in casu ficto, quantum veritas in casu vero, quoties lege nihil in contrarium aperte cautum est; nihil occurrit, propter quod tali legitimato primogenituræ prærogativa videretur deneganda. Atque ita sentiunt Gudelinus *de feudis par.* 3. *cap.* 5. *n.* 9. pluresque citati a Tiraquello *de jure primogenituræ d. quæst.* 34. *n.* 14. Et quamvis ipse cum pluribus aliis sententiam diversam amplexus sit *in d. quæst.* 34. *n.* 4. *& multis seqq.* uti & Petr. Bort *de feudis Holl. par.* 5. *tit.* 3. *cap.* 2. *secunde maxime n.* 11. *pag. mihi* 137. Ant. Matthæus *paræmia* 9. *n.* 36. tamen quæcunque ab eo in contrarium adducuntur, falso laborant præsupposito; jus nempe primogenituræ quæsitum ei, qui ex legitimo matrimonio prior est natus, sic tolli eidem per subsequentem naturalium legitimationem, quod iniquum, ac proinde legitimationem non retrotrahi ad tempus nativitatis aut conceptionis in præjudicium aliorum, quibus jus jam quæsitum est. Etenim jus primogenituræ demum per mortem parentis incipit vires exserere, adeoque jus primogeniti in suspenso est, donec mors parentis insecuta fuerit; moriente vero parente, apparet, legitimatum non modo naturaliter, sed & civiliter primogenitum esse ex fictione juris, retro operantis, & legitimatum ita natalibus suis restituentis, ac si nulla medio tempore nativitatis macula laborasset, ut supra probatum ex *l. ult. in fine ff. de natalibus restituend.* junct. *novell.* 74. *cap.* 1. 2. ubi legitimatio exæquatur per omnia natalium restitutioni. Spem autem acquirendæ successionis per legitimationem alteri tolli vel minui posse, nullus ambigere potest, qui modo consideraverit, legitimatos per subsequens matrimonium una cum aliis ante legitimationem legitime natis diminui successionis spem; uti olim illi, qui extantibus liberis legitime natis ex justa causa adrogabantur, *l. nec ei* 17. §. *præterea* 3. *ff. de adoption.* Nec movere debet, quod jus primogenituræ ita primogenito quæsitum sit, ut ne per patrem quidem auferri ei possit. Nam & legitimæ portionis jus ita liberis debitum est, ut parentibus ejus adimendæ licentia haud competat; neque tamen id impedit, quo minus illud filio forte unigenito ex justis nuptiis diminuat admodum atque extenuet, ubi concubinam in uxorem ducit, atque ita ad jus legitimorum liberorum traducit numerosam fortasse prolem ex ea natam. Ne dicam, jus primogenituræ tolli quidem primogenito non posse per paternam dispositionem; sed quis ille sit, qui jure primogenituræ gaudere debet, ex eo tempore, quo successio defertur, dijudicandum esse.

12. Cæterum necesse non est, ut liberi per subsequens matrimonium legitimandi ipso nuptiarum tempore adsistant parentibus solemnia nuptiarum peragentibus, nisi iis in locis, in quibus id specialiter statuta aut consuetudines desiderant, Leewen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 3. *n.* 12. Quemadmodum nec instrumenta dotalia necessario adhibenda sunt, ubi de nuptiis contractis aliter constat. Quod uti moribus nostris expeditum est per ea, quæ habet Groenewegen *de legib. abrog. ad* §. *ult. Instit. de nuptiis n.* 6. 7. ita & ex juris Romani principiis verius videtur, secundum quæ, auctore Gajo, scripturæ fiunt, ut, quod actum est, facilius per eas probari possit;

& sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem; sicut & nuptiæ sunt, licet testatio sine scriptis habita sit, *l. in re* 4. *ff. de fide instrum. l. contrahitur* 4. *ff. de pignor. & hypoth.* Quo modo etiam *tabulas non facere matrimonium*, a Papiniano responsum est in quæstione, an concubinatus an nuptiæ intercessissent, *l. donationes* 31. *pr. ff. de donation.* Firmatque hanc sententiam, quod jure singulari instrumentum nuptiale ad effectum etiam legitimationis tum demum intervenire debet, cum patronus libertam suam simulque concubinam in uxorem ducit, *nov.* 78. *cap. si quis* 5. nisi forsitan & illic documentum nuptiale non ad solemnitatem talis matrimonii & legitimationis, sed tantum ad *demonstrationem* seu probationem pertinere dicas, propter ultima verba in *d. c.* 3. proposita. Neque alia de causa in plerisque legibus nostri Corporis Juris, de hac legitimatione tractantibus, instrumentorum dotalium mentio est, quam quia hisce potissimum nuptiæ ac transitus e concubinatu in matrimonium probari poterant; & in quantum ex solis conjecturis ac levioribus quibusdam circumstantiis præsumtio nuptiarum, ac sequentis inde legitimationis, inducenda non erat aut admittenda, diss. Vinnius *ad §. ult. Instit. de nupt. n.* 4.

13. Ultimus legitimandi modus est ex rescripto Principis, quando scilicet Princeps ad petitionem patris, vel ipsorum legitimandorum jura liberorum legitime natorum illegitime natis tribuit. Qualis legitimatio licet sub Justiniano invaluerit, *novell.* 74. *cap. sit igitur* 2. *novell.* 89. *cap. illud tamen* 9. extra ordinem tamen gravioribus ex causis antea ab Imperatoribus invenitur interposita, *l. qui in provincia* 57. §. 1. *ff. de ritu nupt.* Et quamvis regulariter soli naturales ex concubina concepti hoc quoque modo legitimari soleant, ut tanto magis quisque a damnatis cæteris atque nefariis absterreretur conjunctionibus, dum spem obtinendi legitimationem pro liberis inde natis prope præcisam novit, *arg. d. novell.* 74. *cap.* 2. & 89. *cap.* 9. tamen ex damnato quoque complexu natis Principem ex certa scientia & plenitudine potestatis suæ urgentibus ex casibus atque circumstantiis jura liberorum legitimorum tribuere posse, manifestum est ex *d. l. qui in provincia* 57. §. 1. *ff. de ritu nupt. Edictum Caroli V.* 19. *Maii* 1544. *art.* 28. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 326. *Sententiem van den Hogen en Provincialen Rade, decis.* 24. Ant. Matthæus *paræmia* 1. *n.* 16. 17. Cujacius *consultat.* 54. Fachineus *controvers. libr.* 3. *cap.* 57. 60. 61. Incestuosos plane non legitimari, generaliter ab Ordinibus Generalibus sancitum, *Echtreglament van de Staten General* 18. *Martii* 1656. *art.* 67. *vol.* 2. *placit. Holl. p.* 2442.

14. Non aliter autem hæc legitimatio conceditur a Principe, quam si alii desint patri liberi legitimi, *d. nov.* 74. *cap.* 1. *novell.* 89. *cap.* 9. saltem ad eum juris effectum, ut ita legitimati patri suo una cum aliis liberis legitime natis ab intestato heredes essent; eo quod Principes non solent in alterius injuriam beneficia tribuere, *l. nec avus* 4. *C. de emancip. liberor.* arg. *l.* 2. §. *merito* 10. & §. *si quis a Principe* 16. *ff. ne quid in loco publico.* Nam quo minus Princeps eos, exstantibus aliis legitime natis, in legitimorum ordinem ex indulgentia transcribat, ad id, ut macula nativitatis aboleatur, & ipsi dignitatis nobilitatisve paternæ participes fiant, nihil vetat; cum jus illud omne iis sine ullius læsione acquiratur. Adde Petrum Gilkenium *ad l. Gallus* §. & *quid si tantum ff. de liberis & posthum. n.* 198. & *multis seqq.* post comment. *ad t. C. de posthum. hered. instit.* Qua ratione etiam illi, qui demum post sui patris naturalis obitum impetrarunt beneficium legitimationis, neutiquam ad parentis defuncti veniunt hereditatem, jam tum ipso mortis paternæ momento proximioribus ejus cognatis delatam, nec sine manifesta injuria iisdem tollendam. Quod & nominatim nunc diplomati legitimationis, prout illa in Hollandia conceditur, inferri solet, illam sc ilcet non operaturam ad illas successiones, quæ ante legitimationem tributam jam aliis erant quæsitæ, ut constat ex formula legitimationis emendata 14. *Febr.* 1669. *vol.* 3. *placit. Holl. p.* 490. Quibus consequens est, ut qui liberis legitimis non extantibus ex rescripto legitimati, & ita spem successionis in bona parentis legitimantis nacti sunt, spe illa excidere non debeant ob id, quod pater postmodum alios ex uxore legitima liberos tulit; cum novum non sit, ut ea, quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt, *l. in ambiguis* 85. §. 1. *ff. de reg. juris.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 142. *n.* 5. Tyraquellus *ad l. si unquam C. de revoc. donat.* in verbo, *donatione largitus num.* 275. & *seqq.*

15. Neque ad hanc legitimationem jure civili aut hodierno necesse est, ut proximiorum consensus adhibeatur, sive pater etiamnum vivat, sive demum post ejus excessum legitimatio petatur, arg. *l. cum adoptio fit.* 7. *ff. de ad.* unde nec tales citandi, ut legitimationi ex aliqua causa contradicant, aut eam assensu suo ratam habeant, nisi legitimandus etiam agnatis, per patrem junctis, succedere gestiat. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 346. *n.* 2. Petrus Bort *van de Holl. landsche leenen part.* 5. *tit.* 3. *cap.* 2. *sevende maxime n.* 24. *et seqq. pag. mihi* 138. *in fine et* 139. Etenim in Hollandia, ita jus est, ut legitimati ex rescripto non aliis ex latere paterno agnatis succedant, quam qui suum in legitimationem faciendam aut jam factam consensum præstiterunt; sicut e converso non alii, qui consenserunt, ad intestatam legitimatorum veniunt successionem, *d. formula emendata legitimationis, vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 490. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 11. & *lib.* 2. *cap.* 31. *n.* 7. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *consil.* 12. *circa finem* Groenewegen *ad auth. præterea C. de liberis natural. aliique ibidem cit.* Eo excepto, quod suis fratribus, postea ex legitimo patris legitimationem petentis matrimonio nascituris, succedere posse videantur, licet hi needum nati consentire non potuerint, ac postea noluerint; cum pater ipse legitimationem petens liberos suos postea nascituros intelligatur repræsentasse, ac sufficienter eorum nomine consensisse, *d. part.* 5. *consil.* 12. *fere circa fin.*

16. Petenda vero hæc legitimatio ab eo Principe, cujus jurisdictioni legitimandus subjectus est, non item ab alio. Atque ita Hollandus illegitime natus, in Hollandia degens, nihil egerit, si vel ab Imperatore Germanico, vel ab aliquo regnorum vicinorum Rege meruerit diploma legitimationis; nisi & in territoriis Imperatori aut Regi vicino subjectis immo-

bilia possideat. Sciendum enim, legitimationis concessionem ipso jure non operari, nisi quantum ad bona in territorio legitimationis sita, arg. *l. ult. ff. de jurisdict.* adeoque tot locis eam impetrandam esse, quot Principibus supremis subsunt immobilia legitimandi bona: eo quod Principis cujusque propter commoda ex successionibus illegitime natorum fisco ipsius sperata interest, ne propter tributam ab alio Principe legitimationem ipse sine suo facto illa fraudaretur successionis spe, pro cujus extinctione seu redemptione legitimatos etiam fisco legitimantis certam pendere pecuniæ quantitatem pro patrimonii modo, patet ex d. formula reformata legitimationis Ordinum Hollandiæ, quæ occurrit *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 390. & ex institutione cameræ rationum Hollandiæ *art.* 97. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 732. 733. Fachineus *controvers. lib.* 3. *cap.* 58. Henricus Kinschot *de rescriptis gratiæ tract.* 6. *cap.* 7. *n.* 4. & *seqq.* Parens p. mem. Paulus Voet *de statutis sect.* 4. *cap.* 3. *num.* 15. Petrus Bort *de feudis Holl. part.* 5. *tit.* 3. *cap.* 1. *sevende maxime n.* 30. *pag. mihi* 139. nisi aliud ex comitate in quibusdam territoriis receptum fuerit. Adde *tit. de constitution. Principum*, parte altera *de statutis num.* 7.

17. Quia vero legitimatio majestaticis annumeratur, nullus eam facere potest, nisi qui superiorem in suo territorio haud agnoscit, cuive is id specialiter concessit, quales in Germania sunt Comites Palatini. Confer Rosental *de feudis cap.* 5. *concl.* 2. *n.* 4. Vultejum *de feudis lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 7. Sixtinum *de regalibus lib.* 1. *cap.* 4. *n.* 8. & 107. Rittershusium *ad novellas part.* 4. *cap.* 12. *n.* 9. Besoldum *delibatis juris ad Pand. lib.* 1. *verbo* legitimatio *pag. mihi* 65. & *seqq.* Ant. Matthæum *de matrimonio disput.* 12. *num.* 7.

LIBER VIGESIMUS SEXTUS.

TITULUS PRIMUS.

De tutelis.

SUMMARIA.

1. *Quid sit tutela, quid cura, quid actor vel adjutor tutelæ, & cur, ac quando hic constitui debuerit?*
2. *Est munus virile. An & spado admittatur? Quo sensu sit publicum? An personale & gratuitum?*
3. *Qui possint esse tutores? An filiusfamilias jure civili & moribus?*
4. *Recensentur, qui non possunt: ubi de debitore & creditore pupillorum, de servis, militibus, illis, quos parentes suo testamento vetuerunt tutores esse, transfugis, episcopis, monachis & cæteris clericis, de infamibus, de minoribus 25. annis. Quid, si se majores simulaverint & tutelam susceperint, an juvandi per restitutionem?*
5. *An qui per veniam ætatis aut per nuptias pro majorenne habetur, invitus cogi, vel volens admitti possit ad tutelam gerendam?*
6. *Judæi an Judæorum, an etiam Christianorum possint tutores esse? An Pontificii pupillis reformatæ religionis? An vectigalium conductores?*
7. *Datur tutor personis, non rebus. An certæ rei vel causæ tutor dari possit jure civili & moribus? Datur tantum impuberibus sui juris. An servis? An pupillis invitis? An illegitime natis. An pupillis furiosis?*
8. *De variis tutelarum & tutorum speciebus. De tutela sexus ex jure veteri & moribus variarum gentium. De maritali cura in uxorem*, remiss.

1. PAtris arbitrio liberos regi, quoties is illos in sua habet potestate, explorati juris est; sed si quacunque ex causa patria potestas deficiat, illi quidem, qui impuberes sunt, in tutela constituuntur; puberes vero in cura sunt, si adhuc minorennes sint, vel, cum majorennes essent, animi corporisve vitio præpediti rebus suis superesse nequeant. Est autem tutela vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter ætatem se defendere nequit, *l.* 1. *ff. h. t.* §. 1. *Inst. de tutelis*, cujus formam si spectes, quam a jure civili accepit, merito jure civili eam datam ac permissam dixeris, *d. l.* 1. *d.* §. 1. sin originem inquiras, ex jure gentium & æquitate naturali descendit. Cum enim tenella ætas illa dolis, fallaciis, insidiis aliorum, ex sua nequitia lucrum captantium, obnoxia sit, atque etiam frequenter ob fragile judicium rerum fronte decipiatur, & lucrosa cedat ex præsenti facie, quæ prudentior damnosa observat, impuberes tutorum auxilio adjuvari atque regi, naturali juri conveniens visum fuit, §. *cen. Instit. de Attillano tutore.* Tutelæ similis in multis est cura, vis nempe ac potestas in capite libero ad tuenda bona ejus, qui ea propter ætatem, animi corporisve vitium tueri nequit, *pr. Instit. de curatoribus.* junct. §. *furiosi* 3. & 4. *eod. tit.* Sed & ad tutorem in plurimis proxime accedit *actor*, qui & *adjutor tutelæ* appellatur, ac tutore negotia pupillaria gerere impedito, constituitur a prætore vel præside, ex voluntate & periculo tutoris, vel ab ipso tutore ex prætoris permissione, si pupillus absens aut infans sit, §. *ult. Instit. de curator. l. solet etiam* 13. §. 1. *ff. h. t.* nam si præsens sit ac fari possit, procuratorem ipse auctore tutore constituere potest, quod facere nequit, si infans sit, cum nihil talis auctore tutore agere queat; uti nec, si absens sit; quia pupillo absenti tutor absens nequit auctor fieri, §. *tutor auctor. tut.* nec denique tutor ipse procuratorem rebus pupillaribus recte præficit ante litem contestatam; eo quod talis ex mandato domini constituitur, qualis non tutor, sed pupillus est, *l. neque tutores* 11. *C. de procurat.* junct. *l.* 1. *ff. eod. tit. de procurat.* Adde *tit. de procurat. num.* 1.

2. Est autem tutela munus plerumque virile, sexus fœminei excedens infirmitatem, *l.* 1. *C. quando*

mulier tut. off. fung. l. tutela 16. *l. ult. ff. h. t.* Ut tamen & spadones recte creentur, *l.* 1. *C. de e cusat. tut. l. spadonem* 15. *ff. eod. tit.* Et publicum auctoritate, quatenus invitis imponi potest, si nullam justam excusationis causam habeant, *pr. instit. de excusat. tut.* Utilitate namque privatum magis est, privatis quippe pupillorum commodis potissimum inserviens, non publicam respiciens civitatis administrationem: unde & tutela negatur esse munus reipublicæ, *l. si duas* 6. *§. tutela* 15. *ff. de excus. tut.* ac tanquam species a *muneribus* & *honoribus* reipublicæ distincta, proponitur a Paulo in *l. legato, qui* 11. *§.* 1. *ff. de vacat. & excusat. mun.* Sed & personale munus est, solam personæ industriam, nullam vero patrimonii impensam desiderans, *d. l.* 6. *§.* 15. *ff. de excus. tut. l.* 1. *§. ult. ff. de muner. & honor.* denique etiam gratuitum, nisi tutor paupertinus, cui salarium vel solatium ab eo, qui dat, constituitur, *l. a tutoribus* 33. *§. ult. ff. de administr. & peric. tut.*

3. Tutores esse possunt omnes, cum quibus testamenti factio est, ut habet *l. testam. tutores* 21. *ff. de testam. tut.* seu, qui non prohibentur, sive patresfamilias sive filiifamilias, cum hi in publicis causis, inter quas & tutela est, pro patribusfamilias habeantur, *l. filiusfamilias* 9. *ff. de his qui sui vel alien. juris, pr. Inst. qui testam. tut. dari poss.* Licet enim is, qui in potestate est, alium in potestate ejusdem generis habere nequeat, *l. sic evenient* 21. *ff. ad leg. Jul. de adult.* nihil tamen vetat, quo minus in tutoria habeat potestate, qui ipse patriæ subjectus potestati suæ potestatis non est, *d. ll.* Nec male consultum pupillo videtur, quasi filiofamilias parum aut nihil in bonis sit, unde indemnitatem pupillus consequatur, ubi fraude vel negligentia tutoris læsus est: eo quod ex tutela per filiumfamilias gesta patere jus in solidum tenetur, si agnoverint tutelam; de peculio autem, adeoque de eo quod filiusfamilias ipsi quæsivit, si tutela per eum agnita non sit, *l. si filiusfamilias* 7. *ff. h. t. l. Lucius Titius* 21. *ff. de admin. & peric. tut. l. si filiusfamilias* 11. *ff. de tutel. & rat. distrah.* Et quamvis olim legitima tutela filiofamilias deferri haud potuerit, quia nunquam potuit proximus pupilli agnatus esse, ac ob id etiam per minimam capitis diminutionem tutoris legitima tutela finem acceperit, *§. sed & capitis* 4. *Inst. quib. mod. tut. finitur, l. tutelas* 7. *pr. ff. de capite minutis*, jure tamen novo, quo inter agnatos ac cognatos quantum ad successiones atque tutelas differentia sublata fuit, aliter obtinet, *nov.* 118. *cap. nullam vero* 4. & 5. Cæterum hæc quæstio, an filiusfamilias tutor esse possit, nostris moribus supervacua est, dum ante vicesimum quintum ætatis annum, adeoque ante dissolutam majorennitate patriam potestatem nemo tutor esse potest; unde & nunc gesta per filium tutela nunquam patrem gravat, licet is in susceptam a filio tutelam consensisset; nisi insuper pro suo filio tutore intercesserit; Groenewegen *ad l.* 4 *ff. de excus. tut. & ad l.* 1. *C. quod cum eo qui in alien. potest.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 5. *n.* 31.

4. Prohibentur vero tutores esse ex jure novo debitores & creditores pupillorum, nisi mater aut avia sit; *nov.* 72. *cap.* 1. *et seqq. nov.* 94. *cap.* 1. quos tamen hodie admitti, adeo, ut ne justam quidem inde sese excusandi causam habeant, monet post alios parens p. mem. Paulus Voet *ad §.* 4. *Inst. de excus. tut.* Nec erraverit forte, qui hic arbitrium magistratus admiserit; ut is pro circumstantiarum varietate definiat, utrum creditor vel debitor repellendus sit, nec ne. Confer Groenewegen *ad l.* 8. *C. qui dare tutores.* Simonem van Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 16. *num.* 17. 18. 19. 20. *et cap.* 17. *num.* 14. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 122. Repulsi insuper a tutela servi durante servitute, *§.* 1. *Inst. qui testam. tut. dari poss. l. si heredi as* 10. *§. ult. ff. de testam. tut.* milites, *l. militiæ* 4. *C. qui dare tutores, §. idem et* 14. *Inst. de e cus. tut.* Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 1. *cap.* 7. *num.* 4. illi, quos in testamento suo pater aut mater tutores esse vetuit; *l. unic. C. si contra matris volunt. tut. datus sit, l. scire* 21. *§. sed &* 2. *ff. de tut. & cur. dat. ab his*, transfugæ, qui scilicet malo consilio & proditoris animo patriam reliquerunt, & ob id hostium numero habendi sunt, arg. *l. postliminium* 19 *§. transfugæ* 4. *ff. de captiv. & postlim. l. amissione* 5. *§. qui deficiunt* 1. *ff. de capite minutis*, *l. aut damnum* 8. *§. hostes* 3. *ff. de pœnis*, nam si non hostili animo, sed explorandi gratia ad hostes transierint, a tutela exclusi non sunt: ac de his accipienda, *l. si quis tutor* 15. *ff. h. t.* cum transfuga, de quo ibi sermo est, jungatur Legato, diss. ex parte Cujacius *lib.* 4. *observ.* 9. Monachi quoque & episcopi nullam recte tutelam gerunt; reliqui vero clerici, licet nec testamento, nec a magistratu ad tutelam vocandi fuerint, legitimi tamen tutores esse potuerunt, si se liberi tutelam suscipere apud competentem judicem significassent, *nov.* 121. *c. Deo autem* 4. *auth. presbyteros C. de episc. & clericis*, abrogata in nonnullis *leg.* 52. *C. eod. tit.* ac moribus hodiernis omnis ordinis personæ ecclesiasticæ suscipere possunt tutelam quorumvis pupillorum, etiam eorum, quibus nullo sanguinis vinculo juncti sunt; quamvis excusationem, si velint, habeant, Christinæus *vol.* 2. *decis.* 17. *n.* 8. Sande *decis. frisic. lib.* 2. *tit.* 9. *defin.* 7. Brunnemannus & Groenewegen *ad d. l. generaliter* 52. *C. de episc. & cler.* Infames quod attinet, non videntur creandi esse tutores, ubi jam infamiæ macula notati sunt, *l. testamento* 17. *§.* 1. *ff. de testam. tut.* Sed si durante tutelæ administratione infames fiant, non desinunt ipso jure tutores esse aut curatores, usque adeo, ut & edicto prætoris permissum hisce fuerit pro pupillis suis postulare, *l.* 1. *§. removet* 6. *in fine, l. cui eorum* 3. *ff. de postulando*, junct. *l. quod ait* 2. *§. ult. ff. de his qui not. infam.* Quin tamen ut quasi suspecti removeri possint, si moribus tales sint, ut & pupillo morum corruptio ac patrimonii jactura ab iis metuenda sit, dubium non est, arg. *d. l.* 17. *§.* 1. *ff. de testam. tut. §. suspectus* 5. *Instit. de suspect. tut.* Denique ad tutelæ munus admittendi non sunt quotquot aliena tuitione ipsi indigent, *l.* 1. *§. pen. & ult. l. pen. ff. h. t. unic. C. qui morbo se excusant*, inter quos & illi qui viginti quinque annis minores sunt; cum sit incivile eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, & ab aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire, *§. item major* 15. *in fine Instit. de excus. tut. §. furiosus* 2. *Instit. qui testament. tut. dari poss. novell.* 117. *cap. ex his autem* 5. *vers. hac autem l. ult. C. de legit. tutela.* Si tamen minor majorem sese simulaverit, & tutor datus susceperit dolose munus illud, magis est, ut ex illius tutelæ administratione perinde obligatus

habeatur, ac si vere major esset, nec vana sese debeat lactare spe, quasi ætatis beneficio per restitutionem in integrum adversus susceptam tutelæ administrationem juvandus esset; cum non decipientibus, sed deceptis, aut sine dolo malo lapsis jura soleant subvenire, *l. si is, qui* 2. *od. si minor se majorem dixerit*, arg. *l.* 1. *C. ad Senatusc. Maced.* Borguin. Cavalcanus *de tutore & curator. lib.* 1. *sect.* 1. *n.* 6.

5. Quod si is, qui vere minor est viginti quinque annis, veniam ætatis impetraverit, vel secundum jus hodiernum per nuptias cœperit pro majorenne haberi, ne tum quidem eum ad tutelam curamve gerendam compellendum, vel, si sponte accedere voluerit, admittendum esse, verius est. Primo enim minoribus invitis ex jure civili non dabantur curatores, adeoque se ac sua proprio suo regebant arbitrio, §. *item inviti* 2. *instit. de curator* (adde *tit. de curat. furios.*), & tamen generaliter, ac sine distinctione, utrum curatorem accepissent, nec ne, a tutelæ curæque administratione depulsi fuerunt, *d.* §. 13. *in fine Instit. de excus. tut. d. nov.* 118. *cap.* 5. *d. l. ult. C. de legit. tut. d.* §. 2. *Instit. qui test. tut. dari.* Sive autem ex jure communi curatorem admittere non cogatur, sive postea per veniam ætatis ex beneficio Principis aut per nuptias ex statuto a potestate curatorum liberentur, idem ætatis lubricum est, nec cum uxore ducta ac dote major marito sapientia adjicitur. Quæ ratio tanto magis stringit, si ex jure hodierno minoribus invitis curatores dentur, atque adeo minus pro minorum habilitate ad sua vel aliena gerenda nunc præsumaturi, quam quidem ex jure civili præsumtum fuit. Ne dicam, anno decimoquarto completo, nuptias posse contrahi, atque ita futurum, ut adolescens annorum quindecim curam gereret ejus, qui forte viginti trium aut quatuor annorum, sed cælebs, est; cum tamen contra naturam videatur, ut natu minor natu majorem æque sanæ mentis ac morum sanorum hominem in sua curatoris haberet potestate, arg. §. *minorem* 4. *Inst. de adoption.* Præterquam quod statutorum, leges civiles in ea regione receptas corrigentium in aliquo tertio aut mutantium, stricta debet esse interpretatio, sicut omnis alterius juris novi; uti & dispensationum circa leges a Principe factarum, qualis & concessio veniæ ætatis est, arg. *l. quod vero contra* 14. *ff. de legib.* Denique lex generaliter repellit eos, qui legitimæ ætatis non sunt; ætatis vero legitimæ non est, qui nondum viginti quinque annos habet, *l. ult. ff. de his, qui ven. ætatis.* Per nuptias aut impetratam ætatis veniam legitimæ quidem finguntur ætatis esse; sed id, ut in suam tutelam veniant & curatorum subducantur potestati; non, ut aliorum tutelam gerant, de quo forte Princeps ne cogitavit quidem, dum veniam ætatis petentes rogant ac impetrant, sibi rerum suarum permitti administrationem, tanquam res suas bene gesturis, arg. *l.* 1. §. *ult.* junct. *l. denique* 3. *in pr. ff. de minor.* 25. *annis*, non item rerum alienarum: ut proinde ad rerum alienarum administrationem, de quibus nihil petitum rescriptum Principis aut statutum extendendum non sit; sed fictio in casu ficto idem operetur, quod veritas in casu vero, eatenus, quatenus lex aut Princeps fingi voluit: quod non est, at finxit ad id, ut minores sua curarent, non item ut præessent aliis aut rebus alienis. Confer Rodenburch *de jure conjugum tract. prælimin. de statut. diversit. tit.* 4. parte altera, *cap.* 4. *n.* 4. *& seqq. pag. mihi* 167. *& seqq.* Ant. Matthæum *de tutelis disp.* 1. *th.* 7. 8. Parentem p. mem. Paulum Voet *de statutis sect.* 4. *cap.* 3. *n.* 7.

6. Judæos licet jus civile quod in Pandectis est, tutores creari permittat, adeo ut ne excusationem quidem habeant, *l. spadonem* 15. §. *jam autem* 6. *ff. de excus. tut.* nec dubitandum videatur, quin suæ religionis pupillis etiam jure novo recte tutores dentur; tamen cum propter seductionis periculum tempore Imperatorum Christianorum ne mancipium quidem Christianum in potestate dominica habere potuerint aut possidere, juxta *tit. Cod. ne Christian. mancipium haret. aut Judæus habeat &c.* Longe minus ipsis tutoria in pupillos Christianos potestas demandanda est; Zypæus *not. juris Belgici tit. de tutoribus pag. mihi* 178. Imo si parentum alteruter reformatæ religionis fuerit, tutelam pontificio non debere demandari, edicto Ordinum Generalium cautum est 30. *Augusti* 1641. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 207. *circa med.* uti & placito Ordinum Zelandiæ 16. *Oct.* 1642. *d. vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 234. *in fine &* 235. Groenewegen *ad d. l.* 15. §. 6. Vectigalium conductores posse tutores creari etiam moribus hodiernis obtinet. Groenewegen *ad tit. C. ne tutor vel curator vectigalia conducat*, & quid jure civili obtinuerint, patet ex dictis *in tit. in quib. caus. pign. tac. contrah. n.* 19. *in med.*

7. Dantur tutores personis, non rebus, nisi per consequentiam; sic ut etiam in dubio ad universum patrimonium tutor datus intelligatur, si se non excusaverit ratione rerum ultra centesimum lapidem alia in provincia sitarum, quibus tunc tutor peculiaris dandus foret, *l. certarum* 12. *& seqq. ff. de testam. tut.* § *pen. Inst. qui testam. tut. dari poss.* §. *datus* 17. *Inst. de excus. tut. l. propter litem* 21. §. *licet* 2. *ff. eod. tit.* Sed quemadmodum jure civili tutorem dari ad adeundam hereditatem ex causa permissum fuit, *l. impuberi* 9. *ff. de tut. & curat. dat. ab his*, atque etiam certæ rei vel causæ curatorem creari placuit; ita & moribus hodiernis, quibus confusa fere tutorum ac curatorum jura, obtinuit, certæ rei tutorem dari, ut post alios observat Groenewegen *ad* §. 4. *Inst. qui test. tut. dari.* Constituuntur vero personis impuberibus sui juris; non filiisfamilias, nec puberibus, *pr. Instit. h. t. pr. Inst. quib. mod. tut. finitur*, adeo ut puberi datus tutor neque excusare sese teneatur, neque ex eo, quod non gessit, obligetur, *l. Seja* 26. *ff. de tut. & curat. dat. ab his.* Liberis hominibus, secundum tutelæ definitionem, non servis, excepto casu singulari proposito *in l. si impuberi* 13. *l. ei qui* 17. *ff. de tut. & cur. dat. ab his.* Nec interest, utrum pupillus in tutoris dationem consentiat, an non; cum & ignoranti & invito pupillo tutor detur, *l. illud semper* 5. *l.* 6. *ff. de tut. & curat. dat. ab his.* Sicuti etiam parum refert, an legitimus, an illegitime natus sit, cui tutor datur; cum & naturales & spurii aliique his similes æque tuitione aliena ratione personæ & bonorum indigeant, ac illi, qui justis ex nuptiis procreati sunt, *l. naturali filio* 7. *ff. de confirm. tut. l. ult. C. eod. tit. l. fin. C. quando mulier tut. off. fungi poss.* Sed &, si pupillus furiosus aut amens sit, ei non curator tanquam furioso, sed tutor tanquam pupillo dandus fuit, *l. qui habet* 3. *pr. &* §. 1. *ff. h. t.*

8. Tutelam triplicem esse, testamentariam, legitimam & dativam, vulgo notum. Tutores quoque alii *honorarii* fuerunt, alii *notitiæ causa dati*, alii *administratores*, *l. quod si forte* 14. §. 1. *ff. de solution.* Sed & præter tutelam ætatis Romanis olim frequentata fuit tutela sexus, in qua perpetuo erant mulieres, donec defensorem per nuptias nanciscerentur, de qua Ulpianus *in frag. tit. de tutelis* 11. Cujacius *lib.* 22. *observ.* 20. Ræxvardus *lib.* 1. *varior. cap.* 10. *& lib.* 2. *varior. cap.* 10. Qualis sexus tutela etiamnum pluribus gentibus in usu est; sed in Hollandia vix obtinet, Rodenburch *de jure conjugum in prælimin. pag. mihi* 179. *& seqq.* Quo modo autem mulieres per nuptias perpetuæ maritorum suorum curæ ex moribus hodiernis subjiciantur, licet ex jure civili nec maritus uxoris, nec socer nurus, nec sponsus sponsæ suæ curator esse potuerit, *l. virum* 14. *ff. de curat. fur. & aliis extra min. dand. l. maritus* 2. *C. qui dare tutores*, *l. amplissimi* 4. *licet* 17. *C. de excus. tut. l.* 1. §. *ult. ff. de excus. tut.* & quo usque sese hæc maritalis viri in uxorem potestas extendat, ex professo tractatum in 1. *de ritu nupt. n.* 41. *& seqq.*

TITULUS II.

De testamentaria tutela.

SUMMARIA.

1. *Quid sit tutela testamentaria, & quis testamento tutorem dare possit? An & pater minorennis?*
2. *Quibus tutor testamento detur?* Si filiis *tutorem dederit, an & posthumis videatur dedisse? An & iis, quos se habere ignorabat? An & nepotibus? & quid, si* liberis *aut* posteris *dederit? Quid, si testator dicat,* Titio aut Mevio filio meo Cajus tutor esto, utri voluerit *vel* Titius aut Mevius filio meo tutor esto?
3. *An pater exheredato impuberi tutorem dari possit?*
4. *Tutor testamento datur pure vel sub conditione, si hodie conjuges liberos instituerint, & sibi invicem bonorum omnium usufructu tutores se possint immiscere administrationi tutelæ, & quo usque? An tutor recte detur,* si voluerit?
5. *Moribus etiam avus & avia materna & plane extranei rebus, quas pupillis relinquunt, tutores dare possunt, licet pater alios tutores jam dederit, & testamentarii omnes a magistratu quodammodo confirmantur, unde multi juris civilis apices cessant.*

1. CUm patris consilium optimum liberis habitum fuerit, & votum ejus esse soleat ac debeat, ut una cum bonis tum ab ipso tum aliunde profectis salvi sint, jus civile ei permisit, ut ex jure patriæ potestatis per tutores testamento datos illis prospiceret, quos ob lubricum ætatis & judicii defectum se & sua perditum ituros metuendum erat. Est autem tutela testamentaria, qua pater aut avus paternus, (non mater avusve maternus, nec patruus aut impuberis liberti patronus, *l. mulier* 2. *l. si patronus* 4. *l.* 5. *ff. de confirm. tut. l. qui tutelam* 28. §. *ult. ff. de testam. tut.*), liberis proxime in potestate constitutis, nec in alterius potestatem recasuris, tutorem dat testamento vel codicillis testamento confirmatis, §. *permissum* 3. *Instit. de tutelis*, *l. nec militem* 2. *l.* 3. *ff. h. t. l. cum filius familias* 28. *l. milit. ita* 41. §. *nec tutorem* 2. *ff. de testam. milit.* si modo supremum defuncti judicium perfectum, & neque irritum neque ruptum neque falsum sit, *l. neque per* 2. *l.* 3. *C. de confirm. tut. l. idem* 27. *si pater* 31. *h. t.* ac denique aditione hereditatis per institutum facta roboretur, sive omnes adeant, qui testamento vocati sunt, sive unus tantum, *l. si nemo* 9. *ff. h. t.* Nec interest, utrum pater major annis viginti quinque, an vero adhuc minor sit: nam etsi ipse legitimus liberorum suorum tutor esse nequeat, quamdiu nondum legitimæ ætatis est; quia tamen plenissimam patriam in suos liberos potestatem habet ac paterfamilias est, cui generaliter lex 12. tabularum permisit, ut de re sua tutelave leget, illudque pro jure servari voluit; *l. verbis legis* 120. *ff. de verb. signif.* junct. *l. sæpe ita* 53. *eod. tit.* ratio non est, cur ei sine lege tutoris dandi facultas denegetur, Francisc. Balduinus *ad* §. 3. *Instit. de tutelis* in verb. *parentibus.*

2. Datur tutor liberis impuberibus in potestate retentis, non emancipatis, aut naturalibus tantum ex concubina susceptis, *l. naturali* 7. *ff. de confirm. tut. l. ult. C. eod. tit.* §. *ult. de tutelis*, sive masculi sint sive fœminæ; adeo ut si *filiis* tutorem dederit, etiam filiabus dedisse intelligatur, *l. si quis ita* 16. *pr. ff. h. t. l. Servius ait.* 122. *ff. de verb. signif. l. si ita sit* 45. *ff. de legat.* 2. §. *ult. Instit. qui testam. tut. dari poss.* junct. *l.* 1. *ff. de verb. signif.* licet e converso tutorem dans *filiabus*, filiis non credatur prospexisse; cum exemplo pessimum sit, fœminino vocabulo etiam masculos contineri, *d. l. si ita sit* 45. *ff. de legat.* 2. sive nati sive posthuminam &, si simpliciter *filiis* aut filiabus tutorem dederit, etiam posthumis dedisse videtur *d.* §. *ult. Inst. qui test. tut. dari*, non tamen iis, quos ignorabat se habere, dum eos mortuos putabat, eo quod de illis sensisse non videtur, utcunque filiorum nomen illos quoque possit admittere, *l. si quis ita* 16. §. 3. 4. *ff. h. t.* Plane, si *filio* dederit ac plures habeat liberos, nec id ignoret, omnibus intelligitur tutorem dedisse, *d. l. si quis ita* 16. §. 1. *h. t.* Sed & si vel *liberis* vel *posteris* tutorem det, ad nepotes quoque datio ista sese porrigit; non item, si *filiorum* tantum mentio facta sit: quippe sub quibus nepotes haud continentur, *d.* §. *ult. qui test. tut. dari l. quid, si nepotes* 6. *ff. h. t.* nisi justa seu urgens quædam ratio appareat producendi ad nepotes *filiorum* appellationem, *l. filii appellatione de ff. de verb. signif.* junct. *l. justa interpretatione* 201. *ff. eod. tit.* qualis tamen justa ratio hic non est; cum nepotis per legitimum aut dativum tutorem consuli possit, si ei testamento prospectum non sit. Quod si testator dixerit, *Titius tutor esto filii mei Caji vel Lucii, utri voluerit*, inutilis olim habebatur datio illa; uti & si dixisset, *Titius aut Mevius filio tutor esto*; vel saltem de eo inter juris auctores disputabatur, *l. tutor ita* 23. *ff. h. t.* Sed jure novo utrique censetur tutor datus, & uterque tutor erit, sic ut disjuncta hic pro conjunctis accipiantur, ac particula *aut* pro & *l. cum quidam* 4. *C. de verb. & rer. signif.* junct. *l. sæpe ita comparatum* 53. *ff. de verb. signif.*

3. Utrum autem liberi, quibus tutor a patre datur, instituti an exheredati sint, parum refert, *l. pa-*

ter 4. *l. si pater* 31. *ff. h. t. l. avia* 77. §. *ult. ff. de condit.* & *demonstr.* Quod enim dicitur, neminem posse dare nisi his, quos in suis heredibus cum moritur, habuit, habiturusve esset, si vixisset, *l. quo tutela* 73. §. *nemo* 1. *ff. de reg. jur.* exheredatum autem patri suo non esse suum heredem, *l.* 1. §. *consanguineos* 10. *ff. de suis & legit. hered.* nihil mutat: cum *le* 73. id tantum desideret, ut pater eum, cui tutorem dat, in suis heredibus, *cum moritur*, habeat; & eo tempore exheredatus æque ac institutus in suis heredibus numerandus fuerit; quippe cujus exheredatio tum demum tenet, cum hereditas ex testamento, quo comprehenditur exheredatio, adita est, ac hereditate non adita nullius momenti est, *l. filium, quem* 20 *ff. de bonor. poss. contra tab.* Unde & inter eos, qui in potestate sunt, numerantur exheredati, *l. moribus* 2. *pr. ff. de vulg. & pup. substit.* Et quod a Paulo *l. sæpe ita* 53. *ff. de verb. signif.* scriptum est, *tutorem separatim sine pecunia dari non posse*, non alio sensu accipiendum, quam quod non aliter pater tutorem dare possit, quam si simul de sua disponat hereditate per heredis institutionem; dum tutor non nisi testamento, vel codicillis testamento confirmatis, dari potest, neutiquam codicillis ab intestato defuncto relictis: ex quo non recte infertur, eundem, cui tutor datur, oportere simul institutum esse. Sed & in verbis Mucii Scævolæ, definientis, *quo tutela redit, eo & hereditatem pervenire d. l.* 73. *pr. ff. de reg. juris*, nil præter lusum est; cum nolit, hereditatem ad eum devolvi, cui tutor datur, sed ad eum, cui ex lege tutelæ onus impositum est; quia plerumque, ubi successionis est emolumentum, ibi & tutelæ onus esse debet; nisi fœmina intercedat, quippe quæ tunc ad hereditatem vocatur, dum alius tutor est, *tit. Instit. de legitim. patron. tut.*

4. Constituuntur testamento tutores vel pure, vel ex die, vel in diem, vel sub conditione, §. *ad certum* 3. *Instit. qui test. tut. dari l. tutor datus* 8. §. *tutorem* 2. *ff. h. t.* Qualis etiam dies vel conditio tacite subauditur, secundum jus hodiernum, si conjuges liberos instituerint, ac sibi invicem bonorum omnium legaverint usumfructum; in quantum tutores durante illo usufructu non possunt se immiscere administrationi rerum, sed eam soli fructuario permittere debent, licet inventarium petere, & alia similia ad sortis conservationem pertinentia facere debeant, Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 57. Præcipue vero tacita donationi conditio inest, cum minor aut furiosus testamento tutor datur, puta, si ille major, & hic sanæ mentis factus fuerit, §. *furiosus* 2. *Instit. qui test. tut. dari.* In quo testamentaria tutela a dativa differt, utpote quæ actibus legitimis annumerata vitiatur per temporis vel conditionis adjectionem, *l. actus legitimi* 77. *ff. de reg. jur.* ejusque diversitatis ratio in eo est, quod magistratus pupillis tutorem dare potest, pendente testamentariæ tutelæ conditione vel die tutelam gesturum, §. 1. *Instit. de Attiliano tut.* at si magistratus ex die vel conditione suspenderet suam tutelæ dationem, nullus alius esset, qui interim pupillo daret tutorem, atque ita fieret, ut ille indefensus esset. Præterea, uti recte legatur legatario sub conditione, *si voluerit*, *l. si ita legatum* 65. §. 1. *ff. de legat.* 1. *l. si ita expressum* 63. *ff. de condit. & demonstrat.* ita quoque recte tutor datur, *si velit*, vel cum poterit, tutor esto, *l. tutor datus* 8. §. *ult. l. tutor ita* 23. §. 1. *ff. h. t.*

5. Hæc ex juris civilis principiis summatim enarrasse suffecerit, cum neque difficilia sint, neque per omnia sic usu serventur; dum non modo pater liberis emancipatis æque ac suis, ut & avus paternus, qui nepotes nunc in sua non habet potestate, sed & mater avusque maternus liberis recte tutorem dat, licet iis pater tutorem jam suo constituerit testamento; imo & cognati alii ac prorsus extranei, quantum ad res illas, quas suo testamento impuberibus relictas cupiunt, quasi in rem potius quam in personam tutorem dari videantur, secundum *l. pater* 4. *ff. h. t.* & arg. *novell.* 117. *cap.* 1. §. 1. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 7. *n.* 10. *& seqq.* Montanus *de tutelis cap.* 8. *n.* 37. *& seqq.* Groenewegen *ad* §. *ult. Instit. de tutelis, & ad l.* 4. *ff. de testam. tut.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 4. 5. 6. 7. 8. præsertim, cum tutores testamentarii nunc plerumque, præmissa levi causæ cognitione, a magistratu confirmari soleant, sive expresse, sive tacite, dum non reprobantur a judice aut camera pupillari, cui tutelarum cura mandata est. Rebuffus *de sent. provision. art.* 3. *gloss.* 2. *n.* 3. 4. Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. *ult. Inst. qui test. tut. dari n.* 2. Quid quod & ipsis tutoribus testamento datis permitti solet, ut in locum deficientium testamentariorum alios sibi in tutela collegas assumant, ex notissimo usu; sicut & patri matrique in casum, quo ad secunda vota transituri vel transituræ sunt. Confer Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 65. *& par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 77. Nec dubium, quin & codicillis testamento non confirmatis æque ac testamento tutores dentur. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 4. Cui consequens est, ut nec necesse hodie sit, aditam esse ex testamento hereditatem, ad id, ut testamento datus tutor fiat. Groenewegen *ad l.* 9. *ff. h. t.*

TITULUS III.

De confirmando tutore.

SUMMARIA.

1. *Quando tutoris suprema voluntate dati confirmatione opus sit? Quis confirmet? An confirmatus dativis, an testamentariis tutoribus annumerandus sit?*
2. *Quales tutores confirmentur sine inquisitione & satisdatione? tunc tamen inquirendum, an duraverit patris voluntas.*
3. *Quales tutores confirmentur ex inquisitione? & in qua tunc inquirendum sit?*
4. *Quando cum inquisitione & satisdatione confirmatio fiat?*

1. Si tutor testamento recte datus sit, nulla magistratus confirmatione opus est; sed si qua parte laboret datio tutoris suprema voluntate facta; dum vel non eo modo datus fuit, quo dari debuit, vel non ab eo, cui concessa per leges dandi facultas, aut non iis, quibus dandus erat, confirmari solet a magistratu tali, qui & ipse tutoris dandi jus habet, arg. *l. tutores* 5. *ff. h. t.* junct. *l. scire* 13. §. *qui non* 12. *ff. de excus. tut. l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* ideque decreto pro tribunali interposito, *l. naturali* 7. §. 1. *ff. h. t.* arg.

l. bona autem 3. §. *pen. ff. de bonor. possess.* Quo casu etiam dativis potius, quam testamentariis tutoribus adnumerandus est, eo quod is proprie tutor est, qui vim ac potestatem in capite libero habet, §. 2. *Instit. de tutelis*, potestatem autem omnem tutori confirmato non ex testamento, sed ex decreto magistratus acquiri, Papinianus docet, *l. jure nostro* 26. §. *ult. ff. de test. tut.* cum, agens de mota inofficiosi querela adversus testamentum, in quo tutor filio a patre jure patriæ potestatis datus erat, ait, *eventum rei judicatæ declarare, utrum tutor ex testamento patris, an ex decreto prætoris auctoritatem acceperit*; ex testamento quidem, si pro testamento judicatum sit; ex decreto vero, si testamentum per querelam juste motam per liberos injuste exheredatos eversum fuerit. Et quamvis jure novo nulla tutoris inofficioso testamento dati confirmatione opus sit, dum per querelam sola infirmatur institutio, reliquis testamenti capitibus in suo vigore perdurantibus, *novell.* 115. *cap. aliud quoque* 3. *in fine*, manet tamen argumenti vis ex *d. l.* 26 §. *ult.* quatenus inde constat, posita magistratus confirmatione tutorem omnem suam auctoritatem non ex testamento, sed decreto, adeoque a magistratu confirmante nactum fuisse. Atque hinc etiam est, quod tutori per testamentum non jure dato non currunt tempora excusationi proponendæ præfinita, nisi ex quo confirmatio intervenit, *l.* 1. *l.* 2. *C. h. t. l. scire* 13. §. *qui non* 12. *ff. de excus. tut.* sicut nec ante cessatio ab administratione rerum pupillarium periculo ejus est, *l. impuberi* 40. *l. qui negotiationem* 58. §. *testamento* 2. *ff. de admin. & peric. tutor l.* 1. *C. de testam. tut.* &, si ante confirmationem administrationi sese ingesserit, non tutelæ, sed negotiorum aut gestorum pro tutela actione ad rationes reddendas conveniri debet, *l.* 1. *l. mater* 4. *C. de testam. tut.* Nec est, quod in contrarium urgeas, tutorem confirmatum habere pro se testatoris judicium, quod & prætor sequitur, ac proinde testamentarium magis, quam dativum videri, *l. si ut proponis* 3. *C. h. t. l. Nesennius* 32. *fese in med. ff. de excusat. tutor.* Licet enim prætor confirmans patris sequatur judicium, tamen manet illud confirmatum auctoritatem suam omnem non a patris voluntate, sed a prætoris decreto habere, *d. l.* 26. §. *ult. ff. de test. tut.* eo modo, quo & ad tutelam nominati per magistratus municipales ex alio municipio cives ac præsidi oblati, dum in suo municipio idoneos haud inveniunt, judicium quidem magistratuum nominantium pro se habent, nec tamen ideo ab illis, sed a præside dati fuerunt, omnemque ab eo solo acquirunt potestatem, *l. Div. Marcus* 24. *ff. de tut. & curat. dat. ab his l.* 1. §. *si quando* 10. *ff. de magistrat. conven. l. quod dicis* 6. *C. qui dare tut.* Leve vero est, quod ajunt, confirmatos præferri legitimis tutoribus, dativos postponi, & ob id confirmatos non dativos sed testamentarios esse, arg. *pr. Instit. de Attil. tutore.* Etenim multi casus sunt, in quibus dativo tutori locus est, utcunque non desint, quibus potuisset legitima ex jure sanguinis tutela deferri, ut patet ex §. 1. *Instit. de Attil. tutore, l. si quis sub* 11. *ff. de testam. tut. l.* 1. §. *si apud* 2. *l. tutela legitima* 3. §. *quæri* 8. *ff. de legit. tut.* Et quamvis confirmati sæpe non satisdent, *l. qui a patre* 3. *ff. h. t.* non tamen eo minus dativi sunt; cum & ex inquisitione dati satisdatione non onerentur, *pr. Instit. de satisd. tut.* judicium autem patris, quod tutor confirmatus habere dicitur, inquisitionis loco est.

2. Confirmantur autem tutores vel sine inquisitione, vel cum inquisitione sine satisdatione, vel cum inquisitione & satisdatione. Sine inquisitione, quoties pater filio emancipato, aut naturali, cui aliquid reliquit, aut filio in potestate verbis precariis, vel codicillis testamento non confirmatis, vel testamento, quod per querelam ex jure veteri aut alio aliquo modo infirmatum, ruptum, irritumve factum est, tutorem dedit, *l.* 1. §. 1. 2. *l. qui a patre* 3. *l. si filio* 6. *l. naturali* 7. *pr. ff. h. t. l. neque* 2. *l. ult. C. h. t. l. pater herede* 4. *l. si pater* 31. *ff. de testam. tut.* §. *ult. instit. de tutelis*, ut tamen prætor in confirmando tutore per patrem dato inquirere debeat, an duraverit patris voluntas, quod in facili est, si proximo mortis tempore tutores non jure scripserit pater; nam si ante annos, ut spatio medio potuerit facultatum tutoris non jure dati fieri diminutio, vel morum ante celata vel ignorata emerserit improbitas, aut inimicitiæ cum patre pupilli exarserint, aut damnoso tutor miscuerit cum fisco contractum, utilitatem pupillorum magis sequi prætor debet, quam scripturam testamenti vel codicillorum; cum & ipse pater ob hæc a propria fingatur voluntate recessisse, nec credatur tales unquam voluisse tutores dare, si gnarus eorum fuisset, quæ ipse prætor de hisce comperta habet, *l. in confirmando* 8. *l.* 9. *l.* 10. *ff. h. t. l. pater herede* 4. *in fine ff. de testam. tut.*

3. Cum inquisitione sine satisdatione confirmatio facienda est, quoties pater tutorem dedit filio naturali, cui nihil reliquit, *d. l. naturali l. ff. h. t.* vel mater aut avia filio vel nepoti instituto, *l. mulier* 2. *t. ult. pr.* & §. 1. *ff. h. t. l.* 1. *C. h. t. l. peto* 69. §. *mater* 2. *ff. de legat.* 2. *l. pater herede* 4. *ff. de testam. tutor l. mater* 4. *C. eod. t.* in qua *l.* 4. superfluam esse ac delendam voculam *non*, etiam in omnibus codicibus haud concurrentem, monet post alios Gothofredus in *not. ad. d. l.* 4.) vel patronus impuberi liberto, aut quilibet extraneus cuicumque pupillo, si modo pupillus ab iis heres institutus sit; efficit enim affectio per institutionem declarata, ut præsumatur utilis & idoneus pupillo futurus tutor, ab eo datus, qui tam impense pupillum dilexit, ut & heredem eum scripserit, *l. si patronus* 4. *ff. h. t. l. qui tutelam* 28. §. *ult. ff. de testam. tut. l. Nesennius* 32. *in med. ff. de exclus. tut.* Ex inquisitione vero confirmatio tunc fieri dicitur, cum exploratur, an bonis moribus tutor instructus sit; an sufficiente patrimonio, an satis idoneus seu habilis, & denique an non se ingesserit, *l.* 1. §. *pen. ff. h. t. l. scire* 21. §. *pen. & ult. ff. de tut. & curat. dat. ab his, l. uxori* 18. §. 1. *ff. de leg. Cornel. de Falsis.*

4. Denique cum inquisitione & satisdatione confirmatur tutor, quem patruus fratris filio, aut extraneus extraneo dedit, ubi non major, sed municipalis magistratus ex jussu præsidis confirmationem facit, *l. tutores* 5. *ff. h. t.* quod singulare est, cum alioquin vel inquisitio vel satisdatio sola tutorem efficiat idoneum, & præsumtionem inducat, illum ex fide tutelam gesturum esse, *pr. instit. de satisdat. tutor.*

TITULUS IV.

De legitimis tutoribus.

SUMMARIA.

1. *Quando legitimæ tutelæ locus sit? Quid sit legitima tutela, & quibus deferatur agnatis aut cognatis? An & fratribus, quia una cum patre succedunt suo fratri impuberi?*
2. *Quando, & quibus præstitis, mater & avia admittantur ad legitimam liberorum impuberum tutelam? An pater testamento impedire possit ne mater tutrix sit? An invita cogatur tutrices esse? Quid, si mater & avia sit, sed mater minorennis?*
3. *An ob sponsalia contracta mater a tutela expellatur? An propter secundas nuptias? Quid, si pater testamento caverit, ut nihilominus tutrix maneat? An recuperet tutelam, si iterum vidua fiat?*
4. *Quid juris sit circa tutelam legitimam nostris moribus, & quousque vigeat vel non vigeat jus Romanum circa tutelam legitimam matris aut aviæ? An noverca superinducta possit per mariti sui testamentum tutrix creari liberis prioris thori?*
5. *De legitima patronorum tutela.*
6. *De legitima parentum tutela, et fiduciaria.*

1. DEficiente in universum testamentaria tutela, legitimæ locus est, *l. si quis* 11. *pr. ff. de testam. tut. l. si tutor* 9. §. 1. *ff. de tutela & rat. distrab.* adeoque tunc, cum vel nullus testamento datus apparet, vel testamento quidem datus, sed vivo aut mortuo testatore decessit, nec alius existit testamento constitutus, *l. si quis sub* 11. §. *pen. & ult. ff. de testam. tut. l. intestato* 6. *ff. b. t.* §. *pen. instit. de legit. agn. tut.* vel tutor legitimus nullos habens contutores durante impubere pupilli ætate extinctus est, *l. tutela plerumque* 16. §. 1. *ff. de tutelis, l. tutela* 3. §. *sed si* 5. 6. *pen. & ult. l.* 4. *ff. b. t.* non item, si remotus aut excusatus sit, *d. l.* 3. §. *quæri* 8. *ff. b. t. l. si quis sub* 11. §. 1. 2. *ff. de testam. tut.* Est autem in genere tutela legitima, quæ citra factum hominis ex sola legis dispositione defertur; ac quadruplex fuit, puta, agnatorum, patronorum, parentum, & fiduciaria. Legitima tutela agnatorum dicitur, quæ ex lege duodecim tabularum defertur proximis pupilli agnatis, *pr. Instit. de legit. agnat. tut. t.* 1. *ff. b. t.* jure novo etiam cognatis, secundum gradus sui prærogativam, postquam ratione successionis ab intestato differentia inter agnatos & cognatos sublata fuit, *novell.* 118. *cap. nullam vero* 4. & 5. junct. §. *ult. Instit. de capite minutis, l. si plures* 9. *ff. b. t.* Quod enim olim agnati, jure novo etiam cognati ad legitimam vocantur tutelam, ejus illa ratio est, quod justum visum fuit, penes eos esse onus tutelæ, quibus successionis emolumentum quæri potest; ut ita, qui sperant hereditatem, iidem etiam bona tueantur, ne dilapidentur, *l.* 1. *ff. b. t. pr. Instit. de legit. patron. tut. l. quo tutela* 73. *ff. de reg. jur.* nisi illi, quibus spes successionis competit, minores aut furiosi aliove modo ad tutelam gerendam inhabiles sint, *d. novell.* 118. *cap. ex his* 5. junct. §. 2. *Instit. qui testam. tut. dari*, vel fœminæ intercedant: tunc enim tales ad hereditatem vocantur, cum alius tutor sit, *d. t. Instit. de legit. patr. tut. d. l.* 73. *ff. de reg. juris.* Qua occasione dubitatum, cum jure novellarum fratres germani una cum patre fratri germano prædefuncto succedant, *novell.* 118. *cap. si igitur* 2. & *cap.* 3. *in pr.* an & eodem modo cum patre debeant legitimam sui fratris impuberis tutelam nancisci? Negat hoc quidem Ant. Matthæus *de tutelis disput.* 1. *n.* 19. quasi non satis aperte constaret de pristini juris mutatione, ac propterea antiquis legibus, fratrem cum patre ad tutelam non vocantibus, standum foret. Sed, cum in *d. novell.* 118. *cap.* 5. disertis verbis a Justiniano constitutum fuerit, ut unusquisque secundum gradum & ordinem, quo ad hereditatem vocatur, aut solus, aut cum aliis etiam functionem tutelæ suscipiat; probabilius videtur, jure novo fratrem non minus ad tutelam, quam ad successionem sui fratris impuberis, cum parente superstite concurrere oportere, si modo legitimæ ætatis sit, Donellus *lib.* 3. *comment. juris civil. cap.* 6. vers. & *hac de legitimis.*

2. Quod autem dictum, fœminas a legitima tutela exclusas esse, exceptionem patitur in matre & avia; quippe quæ, licet jure Pandectarum ne testamento quidem patris aut avi potuerint dari tutrices liberis communibus, *l. jure nostro* 26. *pr. ff. de testam. tut. l. ita autem* 5. §. *Papinianus* 8. *ff. de admin. & peric. tut.* & ob id filiorum tutelam debuerint a Principe specialiter postulare, *l. ult. ff. de tutelis*, tamen ex posterioribus Imperatorum constitutionibus ad liberorum impuberum tutelam admissæ sunt, ac omnibus venientibus a latere agnatis præferuntur, si modo renuncient Senatusconsulto Vellejano & secundis nuptiis, antea quidem jurejurando interposito, sed jure novissimo sine eo, *l.* 2. & 3. & *auth. subjunctis Cod. quando mulier. tut. off. fungi potest.* Nec hasce pater expressa prohibitione testamento facta a tutela repellere potest, sed tantum per indirectum, tutorem scilicet alium liberis dando in testamento suo; quasi testamentario mater & avia, utpote legitima, cedere debet, arg. *auth. matri Cod. quando mulier tut. off. potest, l. si quis sub* 11. *ff. de testam. tut.* Peckius *de testam. conjug. lib.* 2. *c.* 16. Montanus *de tutelis cap.* 15. *n.* 45. Licet enim tutores dari a magistratu non possint, quos pater aut mater suo testamento tutores esse vetuit, *l. scire* 21. §. *sed* & 2. *ff. de tut. & curat. dat. ab his, l. unic. Cod. si contra matris voluntat. tut. datus sit*, tamen ubi lex ipsa tutelam defert, ademtio tutelæ permittenda non est, nisi legitimus suspectus sit. Quod si mater aut avia tutelam administrare noluerint, invitæ compellendæ non sunt, *d. l.* 2. & 3. *C. quando mulier tut. off. fung.* cum enim singularem matris & aviæ favorem posteriori jure introductum sit, ut ad munus alioquin virile admittantur, iniquum foret ad læsionem earum & præjudicium interpretatione duriore hoc detorqueri, arg. *l. nulla juris* 25. *ff. de legibus l. quod favore* 6. *C. eod. sit.* Ant. Faber *Cod. libr.* 5. *t.* 21. *defin.* 1. Papon. *lib.* 15. *t.* 5. *art.* 3. *post med.* In concursu vero matris & aviæ potior matris causa in tutela est; eo quod & in successione ab intestato præfertur, arg. *d. novell.* 118. *c.* 5. nisi mater adhuc minorennis sit; tunc enim ad aviam tutela devolvi posset, licet mater habeat successionis spem, tum quia generaliter minoribus tutelæ administratio denegata est; tum quia ne masculi quidem

qui per veniam ætatis (aut nuptias ex jure hodierno pro majorennibus cœperunt haberi, ad tutelæ munus admovendi sunt, ut dictum *t. de tutelis n.* 5. ut proinde longe minus fœminis viduabus minorennibus, ætatis pariter & sexus fragilitate laborantibus, tutela liberorum permittenda sit. Licet nonnullis media quasi via hic placeat, dum contendunt, tutelam quidem iis non obstante viduitate permitti posse; sed, ut recte procedat administratio, ei unum aut plures tutores pro re adjungendos esse, Rodenburch *de jure conjugum tract. prælim. de statut. diversit. t.* 4. parte altera, *cap.* 4. *num.* 11. *& seqq. præcipue n.* 14. 15. *pag. mihi* 178. Parens p. mem. Paulus Voet *ad §. ult. Inst. de legit. agnat. tut. num. ult. in med.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *libr.* 1. *cap.* 16. *num.* 13. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 213.

3. Si mater aut avia postquam liberorum tutelam præstitis præstandis in se suscepit, sponsalia alia contraxerit, ex eo solo a tutela removenda non est, ut post Boerium *decis.* 266. *n.* 5. aliosque tradit Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 11. *n.* 14. sed si neglecta promissi fide ad aliud matrimonium sese conferat, ipso jure a tutela expellitur, *authent. sacramentum C. quand. mulier tut. off. fungi potest*, sive ex sola legis dispositione ad tutelam accesserit, sive ei insuper mariti defuncti supremo indicio liberorum impuberum tutela concredita sit, ac nominatim cautum, ut etiam contractis secundis nuptiis nihilominus in tutelæ perseveraret administratione. Non enim illa enixa patris defuncti voluntate tollitur inducta legibus sinistra contra matres, vitricum superinducentes, præsumtio, secundum quam non modo res filiorum, sed & vitam plerumque novis creduntur maritis addicturæ, *l. lex, quæ* 22. *fere in fine*, vers. *sed etiam contra C. de admin. tut.* ac proinde nec fideliter tutelam gesturæ: sic ut hic usum inveniat juris regula, neminem efficere posse in testamento suo, ne leges locum habeant, *l. nemo potest* 55. *ff. de legatis* 1. Gomezius *ad legem tauri* 14. *num.* 11. *in fine*, Boerius *decis.* 124. *numer.* 12. & *decis.* 266. Zoesius *ad tit. Pand. de testament. tut. num.* 12. qui tamen censent, expressa mariti voluntate eam purgari posse; adeoque matrem etiam post vota secunda mansuram tutricem, si id paterno testamento cautum sit: quod & placet P. Johanni à Someren *de jure novercar. c.* 5. *n. ult.* Sed nec matri vel aviæ semel a tutela propter secundas nuptias depulsæ regressus ad eam dandus, ubi per obitum mariti secundi rursus ad viduitatem redacta est; cum id nulla lege cautum sit, nec per repetitam viduitatem tollatur in universum sinistra juris suspicio in eam, ex nuptiis secundis enata, præsertim ubi & thori secundi proles superstes est, Ant. Fab. *Cod. libr.* 5. *t.* 21. *def.* 2. Boerius *decis.* 266. Mynsingerus *cent.* 3. *observ.* 83. Ant. Matthæus *de tutelis disp.* 1. *th.* 17. Parens p. mem. Paulus Voet *ad §.* 2. *Instit. de legit. agn. tut. num.* 2.

4. Cæterum nostris moribus non tam exacte hæc observari constat, quæ de legitimis tutoribus; atque ipsa etiam matre & avia jus civile dictat, sed multum a magistratuum arbitrio dependet, cui tutela legitima permitti debeat. Etenim non ipso jure nunc, sed demum prævio magistratus decreto, sæpe ad petitionem proximiorum, illi, qui sanguine juncti sunt, jure sanguinis ad tutelam accedunt; nec qui pares gradu sunt, præcise omnes admittuntur, sed ex pluribus unus alterque maxime idoneus eligi potest, aut etiam gradu remotior idoneus proximiori præferri, (eo modo, quo olim ex constitutione Claudii pupillis tutores a Consulibus cum inquisitione, teste Suetonio in vita ejus cap. 23. *extra ordinem* dabantur, id est, non observato præcise gradus & sanguinis ordine seu proximitate, ut interpretatur Rævardus *lib.* 1. *varior. cap.* 10.) ac, qui electi non sunt, etiam periculo tutelæ obnoxii non efficiuntur, Neostadius *curiæ supr. decis.* 59. Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 7. *n.* 15. *& seqq.* Rebuffus *de sement. provision. art.* 3. *gloss.* 2. *n.* 6. Imbertus *enchirid. juris Gallici* verb. *tutela moribus pag. mihi* 361. 362. Groenewegen *ad* 1. *Instit. de legit. tut. & ad §. ult. Instit. de capite minutis.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 16. *num.* 2. 3. Paulus Voet *ad d. §.* 2. *Instit. de legit. agnat. tut. n.* 3. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 330. *quæst.* 2. Quin imo, ne pater quidem aut mater nunc apud nos ipso jure tutores sunt, si non conjugis defuncti aut alterius extranei testamento dati appareant; adeoque, si legitimam velint liberorum tutelam gerere, consultum fuerit, ut a magistratu se confirmari petant, Grotius *manuduct. d. lib.* 1. *cap.* 7. *n.* 8. 9. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 5. *consil.* 213. *in pr.* Adde tamen Joh. Papon. *lib.* 15. *t.* 5. *art.* 3. *fere in med.* Sive autem mater testamento tutrix data sit, sive ei legitima tutela ex magistratus decreto confirmetur, nec secundis nuptiis nec Vellejano Senatusconsulto renunciare tenetur, Papon *d. lib.* 15. *t.* 5. *art.* 3. Boerius *decis.* 124. *n.* 15. Groenewegen *ad auth. matri C. quando mulier tut. off. fungi.* Matrem quoque avo paterno in tutela præferri in Gallia monet Papon. *d. loco.* Quamvis apud nos potius mater una cum avo paterno videatur admittenda esse; cum neque soli patri, neque soli matri superstiti tutelæ administratio permitti debeat, sed vel propinqui ex latere parentis prædefuncti, vel etiam extranei his ex decreto magistratus adjungendi sint. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 7. *n.* 19. 20. Et, si liberis impuberibus, patrem matremve legitimum tutorem jam habentibus, alia deinde obveniat hereditas, ei etiam invito vel invitæ alii tutores a magistratu adjungi possunt, quoties id expedire arbitrantur, Groenewegen *ad tit. Instit. de legit. parent. tut.* Præterea, uti pater propter nuptias alias contractas & novercam superinductam a tutela non depellitur ex ipsis juris civilis principiis, arg. *l. generaliter* 5. *in fine principii C. de secund. nuptiis*, Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 1. *cap.* 7. *n.* 17. 18. D. Someren *de jure novercar. cap.* 6. *n.* 5. ita hodie matrem quoque tutricem manere, postquam secundo nupsit, si id prior maritus aperte suo constituerit testamento, jam supra observatum est. Nec dubium, quin frequenter in tutela administranda perdurent matres, dum nullus sese earumdem opponit administrationi. Sicuti etiam expeditum est, illum, qui a patre pupillorum tutor testamento datus est, in tutela perseverare, licet matrem pupillorum in uxorem ducat, *l. nonnunquam* 32. *§.* 1. *ff. de adopt. l. ult. C. de contrario judicio tutelæ.* Quin imo, si jam vitricus esse cœperit; eum vel testamento, vel a magistratu tutorem privignis suis dari, nuspiam vetitum est; si modo non aperte id ex qui-

busdam circumstantiis utilitati pupillorum adversetur; usque adeo, ut nec insolitum sit, eo casu, quo mater a tutela ob repetitas nuptias exclusa est, vitricum ipsum matris loco surrogari magistratus auctoritate, uti pluribus confirmat D. Someren *de jure novercar. d. cap.* 5. *n.* 1. Ant. Faber *Cod. lib.* 5. *t.* 30. *defin.* 1. parens p. mem. Paulus Voet *ad §. ult. Instit. qui test. tut. dari poss. num.* 2. *post med.* Plane novercam liberis prioris thori per supremum mariti sui judicium tutricem dari non posse verius est; ex ea potissimum ratione, quod tutela virile munus sit, quod sua natura in fœminam, quia neque mater, neque avia est, cadere non potest, juxta *l.* 1. *Cod. quand. mul. tut. off. fung. l. tutela* 16. *l. ult. ff. de tutelis.* D. Someren *d. cap.* 5. *n.* 5.

5. Legitima patronorum erat ex jure civili, quæ deferebatur ex mente & interpretatione legis duodecim tabularum patrono, qui servum impuberem manumiserat. Cum enim libertus talis neque testamentarium, neque legitimum tutorem agnatum habere posset, servili cognatione jus agnationis haud producente, ac manumissor patronus impuberis manumissi speraret hereditatem, fas fuit, ut & tutelæ oneri subjiceretur, *t. Instit. de legit. patron. tut.* sive sponte sive compulsus ex fideicommisso vel pactione emtioni servi adjecta manumiserit, *l. tutela* 3. *§.* 1. *& seqq. ff. h. t.* Plures si manumisissent, omnes tutores erant, *d. l.* 3. *§.* 4. *ff. h. t.* Et hæc legitima patronorum tutela per DD. etiam ad directos feudi dominos extensa fuit, quoties vasallus neque testamentarios, neque legitimos tutores habet, de quo plura Schraderus *de feudis par.* 10. *sect.* 19. *num.* 63. *& seqq.* Rosenthal *synopsi feudali cap.* 10. *conclus.* 10. *num.* 36. *& seqq.*

6. Quæ olim legitima fuerit parentum tutela, quæ fiduciaria patris, fratris, patrui, & quo modo hæ ex eo induci debuerint, quod cognationi ad successionem & tutelam ex lege duodecim tabularum jus non esset, videri potest apud DD. *ad t. Inst. de legit. parent. & tut. ad t. de fiduciaria tut.* quorum exiguus aut nullus usus est, postquam secundum ante dicta inter agnatos ac cognatos respectu successionis & tutelæ differentia omnis sublata fuit.

TITULUS V.

De tutoribus et curatoribus datis ab his, qui jus dandi habent; et qui, et in quibus causis specialiter possunt.

SUMMARIA.

1. *Quando locus sit tutori dativo? Cujus jurisdictionis sit datio tutoris? Qui olim, qui postea, qui jure novissimo potuerint tutores dare? An & ordo decurionum?*
2. *An magistratus possit tutores dare pupillis suæ jurisdictioni non subjectis, cujus magistratus datio prævaleat, si pupillus uni ratione originis, alteri ratione domicilii subjectus sit? An sola habitatio sine domicilio sufficiat ad id, ut tutor recte detur?*
3. *An dari possit tutor non subjectus jurisdictioni dantis? Quo sensu dicatur in l.* 10. *ff. de tutelis,* etiam municipem tutorem dari posse? *An tutor absens dari possit?*
4. *An magistratus se ipsum tutorem dare possit? An collega collegam? An & cogere invitum?*
5. *Hodie camera pupillaris dat tutores; si illa exclusa, magistratus ordinarii, qui testamento excludi nequeunt. An Curia Provincialis? An senatus juridicus Universitatis Leydensis? An tutor datus in loco domicilii intelligatur datus universo pupilli patrimonio etiam alibi sito?*

1. Tutela dativa est, quam magistratus ex potestate sibi specialiter lege, senatusconsulto aut Principis constitutione concessa defert; unde & hæc tutoris datio non ordinariæ, sed extraordinariæ, seu legitimæ jurisdictionis est, *l. muto* 6. *§. tutoris* 2. *ff. de tutelis*, ac ob id alteri mandari nequit, *l. nec mandante* 8. *ff. h. t.* Adde *t. de jurisdict. num.* 6. 8. eique locus est, quoties vel plane deficit testamentaria & legitima, vel testamentaria in suspenso est, ac etiamnum speratur, *pr. & §.* 1. 2. *Inst. de Atil. tut. l. si quis sub* 11. *ff. de testam. tut.* Et olim quidem Romæ tutorem dabat Prætor cum majore parte tribunorum plebis ex lege Attilia, in provinciis vero Præsides provinciarum ex lege Julia & Titia; deinde Consules ex inquisitione, secundum Claudii constitutionem; postea Prætores soli sine Tribunis plebis; adeo ut propterea etiam Prætor tutelaris a Marco Antonio Philosopho creatus fuerit, *pr. & §. sed ex* 3. *Inst. de Attil. tut.* de quo Alexander ab Alexandro *genial. dier. lib.* 2. *cap.* 15. *circa med.* Revardus *varior. lib.* 1. *cap.* 16. Jure denique novissimo Justinianeo Præfectus urbi, Prætor, Præses, Proconsul, Præfectus Ægypti, & legatus proconsulis, *§. sed hoc* 4. *Inst. de Attil. tut. l. pen. ff. de offic. procons. & legati l.* 1. *pr. & §.* 1. *l. illud semper* 5. *l. nec mandante* 8. *l. pupillo* 27. *& passim ff. h. t.* Magistratus vero municipales & Juridicus Alexandrinæ civitatis non aliter, quam si facultates pupilli non excederent quingentos aureos, *§. nec autem* 5. *Inst. de Attil. tut.* Et quamvis regulariter magistratus ipsi municipales, non ordo decurionum, tutores dederint; sic ut nec ordo subsidiaria teneretur actione, nisi periculum in se recepisset, *l.* 1. *pr. et §§. seq. ff. de magistrat. conveniendis*, tamen, si magistratus abessent, ordo decreto suo tutores dabat aut curatores, *l. ubi absunt.* 19. *ff. h. t. l. decreto.* 3. *ff. qui pet. tut.*

2. Dantur autem tutores illis pupillis, qui dantis jurisdictioni subjecti sunt, sive subjecti sint ratione domicilii, sive ratione rerum ad se pertinentium, *l.* 1. *§. ult. l. jus dandi* 3. *l. divi* 24. *l. pupillo* 27. *ff. h. t. l. in locum* 3. *C. qui pet. tut. l. neque a præside* 5. *C. qui dare tutores, l. unic. C. ubi pet. tut.* adeoque præses tantum suæ, non alienæ provinciæ pupillo, *d. l.* 1. *§. ult. ff. h. t. d. l. neque a præside* 5. *C. qui dare tut.* &, si patrimonium pupilli ita dispersum sit, ut tutor excusatione utens rerum ultra centesimum lapidem in alia provincia sitarum administrationem deprecetur, rerum, quæ sunt Romæ, prætor, provincialium, præsens tutorem dare debet, *d. l. pupillo* 27. *ff. h. t. propter litem* 21. *§. licet* 2. *ff. de excus. tut.* Magistratus quoque municipales non alteri, quam ei, qui ejusdem municipii, vel agri isti municipio respondentis est, *l. etiam non municipi* 10. *ff. de tutelis*, junct. *l. qui ex vico* 39. *ff. ad municipalem.* Quod si concursus sit magistratuum loci, in quo pupillus domicilium habet, & patriæ seu loci unde o-

rimundus est, potior in constituendo tutore videtur causa magistratus illius, e cujus territorio originem impubes duxit; arg. *l. libertus* 17. §. *sed eodem* 4. *ff. ad municipalem*. Eoque forsitan reducendum, quod ab Ulpiano in *l. etiam* 10. *ff. de tutelis* scriptum est, etiam non municipem tutorem posse dari, *dummodo municipi detur*; in quantum scilicet datio tutoris facta ei, qui incola tantum est, effectu caret, ubi in loco originis alius ab illius loci magistratu tutor constitutus est. Unde &, si nullas pupillus in loco, in quo moratur, facultates possideret, & ob id ei a loci illius magistratu tutor dari non posset, quia sola habitatio aut commoratio domicilium non facit, adeoque nec incolam, nisi cum habitatione concurrat simul, quod quis eo loci rerum suarum ac fortunarum summam constituerit arg. *l. cives quidem* 7. *C. de incolis*, junct. *l. lex Cornelia* 5. §. *si tamen* 5. *ff. de injuris*, constitutum fuit, talem non ad locum domicilii, sed *ad patriam suam* remittendum fuisse, ut ibi legitimos defensores sortiretur, *d. l. unic. C. ubi pet. tut.*

3. Non etiam recte magistratus alios tutores dat, quam quos suæ jurisdictioni subjectos habet; arg. *l. ult. ff. de jurisdict.* adeoque nec præses hominem alienæ provinciæ, nec magistratus municipales eum, qui non civitatis, cui præsunt, civis aut incola est, *l. neque* 5. *C. qui dare tutores*, *l. in locum* 3. *C. qui pet. tut. l. jus dandi* 3. *ff. h. t.* Quem si in suo municipio idoneum haud inveniant, officium eorum est, inquirere in vicinis civitatibus honestissimum quemque, & nomina præsidi provinciæ, in omnia istius provinciæ municipia imperium habenti, mittere; non vero arbitrium dandi sibi ipsis sumere, *l. divi* 24. *ff. h. t. l.* 1. §. *si præses* 2. & §. *si quando* 10. *ff. de magistrat. conveniend.* Nec hisce contrarium est illud Ulpiani *in d. l. etiam* 10. *ff. de tutelis*, asserentis, *etiam non municipem tutorem dari posse.* Etenim per *non municipem* denotatur is, qui civis quidem non est, incola tamen est, dum ex loco suæ originis domicilium transtulit in aliud municipium, atque ita incola istius municipii esse cœpit. Unde & in *leg. neque* 5. *C. qui dare tutores*, rescriptum fuit, a magistratibus municipalibus tutorem *ortum ex alia civitate, nec domicilium ubi nominatur habentem*, dari non posse. Et quamvis incola a cive seu municipe distinctus sit; in eo tamen par utriusque ratio atque conditio est, quod incola æque magistratibus his parere debeat, apud quos incola est, ac illis, apud quos civis est; nec tantum municipali jurisdictioni in utroque municipio subjectus sit, verum etiam omnibus publicis muneribus fungi debeat, auctore in Gajo *l. incola* 29. *ff. ad municipalem.* Ut proinde, quoties incola tutor datur, & munus subire compellitur, verissimum sit, *etiam non municipem tutorem dari.* Utrum autem præsens sit tutor tempore dationis, an absens, parum refert; si modo absenti seu peregre degenti intra dies triginta significetur, ipsum in tutorem electum esse, *illud l.* 5. *l. ult. ff. h. t.*

4. Cæterum nemo semet ipsum tutorem dare potest, cum videretur se tutelæ ingessisse, eandemque affectasse, atque ita suspectus efficeretur, *l. prætor* 4. *ff. h. t. l. prætor neque* 4. *ff. de offic. prætorum*, junct. *l. scire* 21. §. *ult. ff. h. t.* Plane collega collegam recte tutorem dat, *l. ubi absunt* 19. §. 1. *ff. h. t. l. decreto* 3. *ff. qui pet. tut.* licet invitum eum ac reluctantem ad suscipiendum tutelæ munus compellere nequeat; tum quia etiam magistratus municipales excusationem a tutela habent, *l. si duas* 6. §. *remittuntur* 16. *ff. de excus. tut.* de quo plenius *ad d. t.* tum quia par in parem imperium nullum ac potestatem habet, *l. ille, a quo* 13. §. *pen. ff. ad Senatusc. Trebell. l. apud eum* 14. *ff. de manumissionibus.*

5. Moribus hodiernis tutorem dant cameræ pupillares cujusque loci, quibus injunctum, ut provideant, ne quid detrimenti capiant pupilli, vel, si cameræ pupillares ibi non sint, magistratus ipsi; ut tamen tum cameræ pupillares, tum magistratus audire debeant in eligendis tutoribus proximiores pupilli, ac ex ipsa etiam pupilli cognatione tutores creare, quatenus id cum pupilli commodo fieri potest, Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 7. *num.* 17. & *seqq.* Groenewegen *ad* §. 4. *Inst. de Attil. Tut.* Parens p. mem. Paulus Voet *ad d.* §. 4. *n.* 4. Quod si cameræ pupillaris potestas paterno vel materno testamento exclusa sit, tutores dare nequit pupillis, utcunque testamentario tutore destitutis, sed tunc a magistratu, tamquam supremo pupillorum omnium tutore atque defensore, cui illa suprema potestas tutoria testamento adimi non potest, tutor administrator constituendus est. Hugo Grotius *d. lib.* 1. *cap.* 9. *n.* 3. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 77. *n.* 1. Plane Curia provincialis Hollandiæ regulariter pupillis aut minoribus non dat tutores, licet furiosis, prodigis & amentibus recte constituat curatores, Groenewegen *ad* §. 4. *Inst. de Attil. tutore.* Et quamvis Universitatis Lugduno-Batavæ studiosis fori peculiaris privilegium indultum sit; tamen & ipsis studiosis minorennibus, & studiosorum liberis tutorem dat Camera pupillaris Civitatis Leydensis, quoties extra omnem studiorum considerationem camera illa Leydensis iis debuisset tutorem dare, *Ampliatie van t.* 39. *artikel van de Statuenten* 24. *Martii* 1662. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 546. 547. Non autem in loco originis vel situs rerum pupillarium, sed tantum in loco domicilii pupillaris tutores a loci illius camera pupillari aut magistratu, creari moris est; qui hoc ipso dati intelliguntur universo pupilli patrimonio, ubicunque existenti, Groenewegen *ad l. unic. C. ubi pet. tut. vel curator.* Quod tamen ex comitate magis, quam juris rigore sustinetur; cum in casu, quo pupillus immobilia habet sita in eo loco, qui non subest eidem magistratui supremo, cui pupillus subest ratione domicilii, magistratus loci, in quo sita immobilia, rebus in suo territorio existentibus peculiarem posset in tutorem dare. Paulus Voet *de statutis sect.* 9. *cap.* 2. *num.* 17.

TITULUS VI.

Qui petant tutores vel curatores, et ubi petantur.

SUMMARIA.

1. *Qui pupillis tutorem ex libera voluntate petant, sine metu pœnæ id omittentes? Qui metu damni imminentis? ubi de creditoribus cum pupillo acturis, ac tutoribus rationem tutelæ reddere volentibus.*
2. *Metu pœnæ tutorem pupillis petit mater eorum, licet liberi sint illegitimi; idque confestim, & cum*

effectu, quod illustratur. Tenetur & Avia, & generaliter omnes, qui spem habent succedendi pupillis ab intestato; denique & liberti.

3. *Quæ sint pœnæ matris, aviæ, propinquorum, & libertorum tutorem non petentium? An legitima tunc ipsis salva? An hic excuset a pœna furis ignorantia? An minorennitas? Quid, si pupilli prorsus egeni fuerint? Quid, si justum subfuerit impedimentum, quo minus tutor petitus sit? Quid, si pupillus, cui non fuit petitus tutor, demum post pubertatem mortuus fuerit? Quid, si pupillo relictum fuerit rogatum ea lege, ne mater ei tutorem petat? An & hæ pœnæ obtineant, si mater tutores liberorum suorum non postulaverit suspectos?*

4. *Quid moribus? An & alius pro minoribus invitis possit tutorem petere? An adhuc hodie obtineat pœna amissionis successionis?*

1. QUandoquidem non omnium pupillorum tutore carentium notitia protinus ad magistratum pervenire potest, nisi sint, qui deserant ipsorum nomina, nec magistratus regulariter consuevit suum impertiri officium, (ad quod etiam pertinet pupillis non habentibus tutores constituere, *l.* 1. *ff. de jurisdict.*) nisi monitus atque rogatus, aut saltem certus, suo officio locum esse, arg. *l. tutor quoque* 3. §. *præterea* 4. *ff. de suspect. tut. l. dies* 4. §. *hoc autem* 8. *ff. de damno infecto.* Neque tamen pupilli per ætatem sibi ipsis possunt tutorem petere, in quo a minore distant, *l.* 2. §. *pen. ff. h. t.* hinc non modo concessa aliis fuit tutoris pro pupillis petendi licentia, sed & quibusdam ejus agendi imposita necessitas, sic ut, si non petierint, in pœnam incidant lege sancitam, aut saltem aliquo in damno hæreant. Sponte quidem ac sine ullo pœnæ damnive metu tutorem pupillo petunt cognati & agnati, qui proximum in successionis spe gradum non obtinent, affines, familiares ac amici parentum, educatores ipsorum puerorum, *d. l.* 2. *pr. ff. h. t. l. amita* 5. *l. nepotibus* 10. *C. h. t.* Montanus *de tutelis cap.* 17. Metu damni aut alterius incommodi tutorem pupillo petunt, qui cum pupillo tutorem non habente acturi sunt, aut aliquam adversus eum persecutionem habent; in quantum primo quidem eos, qui petere possunt, rogant, ut petant, sed, his id negligentibus, ipsi tandem a magistratu petunt, ut ille in tutore constituendo suo fungatur officio; eo modo quo & tutor finita tutela reddere desiderans rationes administrationis, primo quidem suam quondam pupillam admonet, ut sibi curatorem petat, ac si ea id neglexerit, ipse illum, cujus ea de re notio est, adire & curatorem petere non vetatur, *l.* 2. §. *si quidem* 3. *ff. h. t. l.* 1. *l. si filiis* 4. *l. admone* 7. *C. h. t. l. ult.* §. *personis* 2. *in med. C. de administr. tut.* Atque ita praxi hodierna comprobatum, si quis pupillo, tutorem non habenti, litem movere velit, aut ex evictionis aliove nomine denunciationem facere, Wassenaar *pract. judic. cap.* 8. *num.* 15. *& seqq.*

2. Metu pœnæ per leges propositæ ad tutores impuberibus petendos præ cæteris compellitur mater pupillorum, quoties ipsa non vult, aut propter transitum ad vota secunda non potest tutrix esse, *l.* 2. §. 1. 2. *ff. h. t. l. omnem* 6. *C. ad senatusc. Tertull.* arg. *l. mater* 2. & *l.* 3. *C. quand. mulier tutelæ officio fungi pot. novell.* 94. *cap.* 2. *novell.* 118. *cap. ex his autem* 5. Nec interest, utrum impuberes legitimi an illegitime nati sint, *l. ult. C. h. t. qui pet. tut.* Petendus autem a matre tutor confestim, ubi primum potuit, id est, Prætoris huic rei sedentis copiam habuit, *l.* 1. §. *confestim* 43. *ff. ad Senatusc. Tertull. l. si minores* 2. §. 2. *ff. h. t.* & cum effectu: si enim talem petierit, qui vel excusatur, vel removetur, vel suspectus est, maternæ non satisfacit pietati, neque pœnam evitat, nisi post rejectum, dimissum, aut remotum priorem petitum, rursus de dandis aliis magistratum interpellaverit, atque ita effecerit, ut re ipsa pupillo de tutore idoneo prospiciatur, *d. l.* 2. §. 1. *in med. l. ult.* §. *sed si* 2. *ff. h. t. l.* 2. §. *si mater* 23. & §. *non solum* 32. & 33. *ff. ad Senatusc. Tertull.* Atque hinc etiam est, quod procurare debet, ut non rite datus a patre vel avo paterno tutor decreto prætoris confirmetur, *l. ult. pr. ff. h. t.* Quæ de matre dicta, etiam ad aviam pertinent, quoties mater intermedia deficit, *l.* 2. §. *filiis* 25. *ad Senatusc. Tertull.* Quinimo, jure novissimo tutorem pupillo petere coguntur omnes illi, qui ei ab intestato sunt successuri, *l. sciant* 10. *C. de legit. hered.* Nec minus liberto eadem fuit imposita necessitas impuberibus patroni liberis tutorem petendi, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t. l. patroni* 2. *C. h. t.*

3. Pœna non petiti tutoris in liberto est, quod tanquam obsequii officii deserti reus coerceatur, *d. l.* 2. §. 1. *ff. h. t. d. l.* 2. *C. h. t.* Mater vero, & avia, cæterique ex lege aut substitutione successionis spem habentes repellantur ab impuberum hereditate, *d. l.* 2. §. 1. *ff. h. t. l.* 2. §. *si mater* 23. & §. *filiis* 25. *ff. ad Senatusc. Tertull. l. omnem* 6. *C. eod.* 1. *d. l. sciant* 10. *C. de legit. hered,* usque adeo, ut ne legitimam quidem ex pupilli bonis salvam mater habitura sit, Montanus *de tutelis cap.* 18. *n.* 10. Fuitque jure singulari receptum, ut hereditas, hisce tanquam indignis ademta, fisco non cederet, sed aliis gradu proximis agnatis, vel jure novo cognatis, quibus post exclusam personam, quæ tutorem petere neglexit, competebat ab intestato succedendi jus, *l.* 2. §. *ult. ff. ad Senatusc. Tertull.* Nec pœnis hisce libertum, matrem, aviam, cæterosque subduxit juris ignorantia, *l. fin. C. h. t.* Licet excusationem mereantur, si lubrico ætatis hoc prætermiserint, cum adhuc minores essent, *l. ult. C. si adversus delictum.* Vel jam majorennes pupillo plane egeno tutorem non petierint, *l.* 2. §. *quod si* 26. *ff. ad Senatusc. Tertull.* Vel ex magna causa & justo impedimento non potuerint confestim tutorem petere, dummodo intra annale spatium de dando tutore magistratum compellaverint, *l.* 2. §. *sed si forte* 27. & §. *confestim* 43. *ff. ad Senatusc. Tertull. l. sciant* 10. *C. de legit. hered.* Ut &, si impuberi quidem tutorem petere neglexerint, ille autem mortuus demum fuerit postquam jam pubes factus esset, eo quod ipse testamento condito suam potuisset injuriam ulcisci, repellendo a successione sua illos, a quibus se, ob non petitum tutorem, læsum putat, quod dum non fecit, injuriam remisisse intelligitur, *l. matres* 3. *C. ad Senatusc. Tertull. l. sciant* 10. *C. de legit. hered.* Denique, si pupillo relictum fuerit legatum ea lege, ne mater ei tutorem petat, eaque propterea non petierit, ne propter conditionis defectum jure legati percipiendi caderet pupillus; si modo damnum minus sit cumulo legati, *d. l.* 2. §. *tractari* 44. *ff. ad Senatusc. Tertull.* Plane cum necessitate petendi tutorem comparanda non est

necessitas tutoris suspecti postulandi; unde nec indigna habetur successione mater, quæ tutores liberorum suorum suspectos haud postulavit; quasi ad fœmineum non spectet officium tam anxie inquirere in mores virorum, magisque virilis id animi sit, *l. ult. §. ult. ff. h. t. l. 2. §. idoneos* 37. *& §. sed quod* 41. *ff. ad Senatusc. Tertull.*

4. Quia vero jure civili puberes, sed adhuc minores, sibi ipsis curatorem petere poterant, *l. admone* 7. *C. h. t. l.* ... *§. hæc quidem* 4. *ff. h. t.* & nostris moribus tutela usque ad majorennitatem producitur, sublata inter tutelam & curam differentia, hinc nihil vetat, quo minus nunc ipsi minores jam puberes sibi tutorem petant. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 122. *in fine.* Sed & licet jure Romano non alius pro minoribus, sed ipsi minores debuerint sibi curatores petere, eo quod invitis curator non dabatur, *l.* 1. *§.* 4. 5. *ff. h. t.* junct. *§. item inviti* 2. *Instit. de curator.* tamen ex eodem tutelæ curæque confusæ fundamento etiam ipsis puberibus minorennibus mater, avia, & reliqui proximiores agnati intra modicum temporis spatium non modo possunt, sed & debent a magistratu vel camera pupillari tutores petere, sive tutor testamentarius mortuus fuerit, sive foro cedat, aut desinat solvendo esse, aut ad tutelam gerendam inidoneus fiat. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud.* Holl. *lib.* 1. *cap.* 7. *n.* 21. 22. 23. & in Responsis Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 301. (*revera* 201.) *pag.* 539. & 540. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 10. Ut tamen neque mater, neque ullus alius ob non petitum curatorem nunc successionis spe excidant, dum pœnæ legales aliquem privantes jure suo in desuetudinem abierunt: sed tantum levior pœna pecuniaria veniat irroganda, teste Groenewegio *ad l.* 6. *&* 8. *C. h. t. & ad l.* 10. *C. de legit. hered.*

TITULUS VII.

De administratione et periculo tutorum, et curatorum, qui gerunt vel non; et de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus.

SUMMARIA.

1. *Non omnes tutores administrant; non honorarii, nec reliqui, si testator aut prætor uni administrationem demandaverit, vel uni satisdationem offerenti reliqui tutores permiserint administrationem. Non tamen periculo subducuntur, qui non administrant; & ideo nec inviti tenentur pati, ut unus solus administret.*
2. *Administrationem antecedere debet cautio. Quid repromittunt, quod jurato caveant omnes tutores? Cautionem, rem pupilli salvam fore, non interponunt testamentarii & ex inquisitione dati. Quando tutor dabatur sine inquisitione? Quid, si ex inquisitione dati moribus quidem, at non facultatibus adeo idonei sint? An & patronus tutor legitimus cavere debeat? Quid moribus obtineat circa tutorum cautiones?*
3. *Ante confectionem repertorii nihil gerendum a tutore, nisi periculum in mora sit. Quæ sint referenda in repertorium. Quibus qualitatibus & circumstantiis res singulæ sint designandæ?*
4. *Publice repertorium fieri debet intra tempus arbitrio judicis definiendum. Quo modo tutor in Hollandia faciat repertorium, ubi parens alteruter, vel vitricus, aut noverca pupillorum superest. An testator tutori remittere possit confectionem inventarii, & quo usque?*
5. *Quæ sit pœna tutoris repertorium non conficientis? vel, si dolo quædam prætermiserit? Quid, si quædam bona fide omissa sint? Si tutor plus retulerit in repertorium, quam erat in patrimonio pupilli, succurrendum ei est, si id aperte probet. An jactantia tutoris de bonorum pupillarium quantitate eum obliget pupillo?*
6. *An tutor pupillam ducere vel adoptare possit? Honestis artibus imbui pupillum, curare debet, & congrua præceptoribus honoraria dare. An donare de rebus pupilli? An patri pupillorum obærato partem debiti remittere? An pecuniam pupillarem patri pupillis paupertino mutuam dare? An debitori pupillari terminum solutionis prorogare? An & quibus munera mittere, dotem dare nomine pupilli?*
7. *Tenetur tutor res pupilli reficere, & in suo statu conservare: solvere omnis generis debita, ne pupillus ob moram in damno hæreat, etiam sibi ipsis, exceptis paucis casibus; conditiones & modos implere, sub quibus pupillo quid donatum vel relictum est.*
8. *Debet exigere pupillo debita ab aliis, & a se ipso, ac pignora vendere etiam sine decreto, si non solvant. Quando debitores pupillares decreto interposito solvere debeant? An tutoris, an vero pupilli periculo sit, si debitores desinant solvendo esse, varie exponitur?*
9. *Res & cautiones ac instrumenta pupillaria quo modo sint asservanda? Pecuniæ pupillares fœnori, aut in prædiorum emtionem collocandæ. Quando tutor duorum, quando sex mensium inducias habeat ad id agendum? ad quas usuras teneatur, si id non egerit, vel pecuniam in suos usus converterit? Quid, si eos sibi ipsi mutuos scripserit? Quid, si neget, potuisse tuto collocari nummos pupilli, & tamen proprios collocaverit?*
10. *Jure novellarum tutor regulariter satisfacit nummos pupillares asservando; sed hodie reductum in plerisque jus pand. & Cod. Ad quas usuras tutor teneatur otiosam retinens pecuniam pupilli? An præcise servetur spatium duorum mensium? quid agendum, si desit, occasio pecuniæ collocandæ? Tutor nunc recte ærario credit nummos pupilli; ut & privatis, pignori dantibus stipendia militum* (ordonnantien van soldye) *An & nomine pupilli reditus vitalitios comparare possit?*
11. *An tutores possint continuare mercaturam a patre pupillorum exercitam? In dubio cujus nomine & periculo credantur continuasse? An & qua usque debeant ex necessitate mercaturam pro pupillo continuare? Quid, si pater testamento præceperit continuationem? An tutor pupillorum nomine possit continuare societatem conjugalem cum superstite pupillorum parente?*
12. *Tutor tenetur pro pupillo agere in judicio, eumque conventum defendere, atque etiam appellare, si succubuerit, & justa pupilli causa sit. Si iniqua sit causa pupilli, tutor suo periculo litigat. Hodie in causa dubia pupilli, decretum ad litigandum impetrari, consultum est.*

13. *An liceat tutoribus transigere super spe fideicommissi, vel super usufructu, & ita certam recipere vel dare summam pro usufructu, vel fideicommissi remissione concedenda vel obtinenda, pleniore responso facultatis Juridicæ discussum?*
14. *Generalia quædam proponuntur circa tutorum officium. An a contutore administrante possint durante tutela rationes exigere?*
15. *Finita tutela an & quatenus tutor aut heredes ejus adhuc teneantur administrare?*
16. *Quo ordine tutores, & eorum fidejussores, aliique conveniendi sint per pupillos?* remiss.

1. QUam primum tutores resciverunt, se jure datos aut confirmatos esse, nec ex aliqua causa legitima sese excusare possunt, protinus pupillaria tenentur administrare negotia, & ipsorum pupillorum curare mores ac educationem: adeo ut, si in hisce cessaverint, non modo suo cessent periculo, & detrimentum omne tali negligentia datum resarcire debeant; sed & extra ordinem ad administrationem cogendi sint, captis pignoribus, aut mulcta indicta, *l. 1. pr. & §. 1. ff. h. t. §. sed ex his 3. Instit. de Atil. tut. §. quibus 3. Instit. de satisdat. tut.* junct. *l. 1. §. quid ergo 3. ff. de inspic. ventre.* Non tamen omnes tutores administrare tenentur, non honorarii; dum vel ipse pater suo testamento plures tutores dans uni ex hisce soli demandavit tutelæ administrationem, vel ab ipsis tutoribus aut prætore unus eligitur, qui solus administret; vel denique unus ex testamentariis aut ex inquisitione datis, oblata satisdatione de indemnitate pupilli vel adolescentis, contutori aut concuratori suo præfertur in administratione, *l. si plures 3. §. 1. 2. ff. h. t. §. 1. Instit. de satisdat. tut. l. quod si forte 14. §. sunt 1. ff. de solution.* Quibus in casibus reliqui oneri quidem ipsius gestionis tutelæ, at non periculo, subducti sunt, *d. l. si plures 3. §. ceteri 2. ff. h. t. d. l. 14. §. 1. ff. de solution. l. spadonem 15. §. si civitatis 9. ff. de excusat. tut.* & ob id etiam audiri debent, si singuli voluerint tutelam administrare, vel non uni, sed duobus gestionem demandare, dum vel fidem non habent electo, vel alter de alterius industria atque integritate minus recte sentit atque præsumit, nec patitur succedaneus esse alieni periculi: tunc enim prætoris est omnibus permittere, ut gerant, vel inter eos, si ita velint, tutelam in partes aut regiones dividere administrandam, *l. si plures 3. §. pen. & ult. l. 4. l. decreto 24. §. 1. ff. h. t.*

2. Administrationem tutelæ varia antecedunt, præcipue cautio & inventarii confectio. Cautionem quod attinet, omnes quidem tutores ac curatores repromittere tenentur, se pupillum in judicio defensuros esse, *l. ult. §. omnem 4. C. h. t. de admin. tut. l. orphanotrophos 32. C. de episc. & clericis*, quam defensionem si moniti facere recusaverint, non modo in omne damnum damnandi, sed & tanquam suspecti a tutela cum existimationis amissione removendi sunt, *l. ult. pr. & §. personis 2. C. h. t. de admin. tut.* Jurato quoque cavent omnes tactis evangeliis, se nihil commodi omissuros, sed ex utilitate pupilli cuncta gesturos esse. Quod, quamvis ante tantum obtinuerit in eo curatore, qui furioso datus erat, *l. cum furiosus 7. §. & si quidem 5. . de curatore furiosi; l. de creationibus 27. C. de episcop. audient.* jure tamen novellarum ad omnes omnino minorum tutores & curatores translatum fuit, *auth. quod nunc C. de curat. furiosi novell. 72. cap. si vero 8.* At satisdatio datis fidejussoribus, rem pupilli salvam fore, non omnibus ex jure civili imposita est; non testamentariis, utpote quorum fides judicio testatoris firmata est; non etiam ex inquisitione datis a magistratu, quia idonei electi sunt; sed tantum legitimis, & iis, qui sine inquisitione dati, quales erant, qui pupillis, non majorem quam quingentorum solidorum substantiam possidentibus, dabantur a magistratu municipali, non expectata præsidis jussione, arg. *l. sancimus 30. C. de episc. aud.* junct. *pr. & §. nos autem 5. Instit. de Atil. tutore*, vel ab ipso præside, cum magistratus in suo municipio non inveniebat idoneos tutores, & ob id ex vicinis municipiis honestorum nomina præsidi mittebant, *l. 1. §. si curatores 5. ff. de magistr. conveniend.* Plane, si ex inquisitione dati post inquisitionem moribus quidem idonei deprehensi essent, at non ita facultatibus, adhuc satisdare tenebantur, *l. de creationib. 27. in fine C. de episc. aud.* uti vice versa patrono tutori legitimo sui liberti remissa fuit arbitrio prætoris satisdatio, si persona honesta esset, & modicam substantiam possideret, *l. legitimos 5. §. 1. ff. de legit. tutor.* Adde *DD. ad pr. Inst. de satisd. tut.* & Montanum *de tutelis c. 32. reg. 7.* Verum moribus hodiernis videtur maxima ex parte ab arbitrio judicis pendere, utrum per tutorem cautio præstanda sit, nec ne, & an repromissio, an juratoria cautio, an datis pignoribus, an vero fidejussoribus. Rarius certe tutores nunc satisdare constat, inprimis, si testamento dati; cum sufficiens pupillis videatur quæsita securitas in hypotheca legali, quam in bonis tutoris habent; & omnes tutores ex inquisitione quadam apud nos dentur, aut saltem a testatore vel lege dati confirmentur. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib. 1. c. 9. in pr.* Parens p. mem. Paulus Voet *ad §. 1. Instit. de satisd. tut. n. ult.* Leeuwen *cens. for. par. 1. lib. 1. c. 17. n. 3.* Sande *decis. Fris. lib. 2. t. 9. defin. 9. & 10.* Struvius *ad Pand. exerc. 47. n. 103. & exerc. 31. n. 35.*

3. Confectio repertorii seu descriptionis rerum pupillarium usque adeo a tutoribus præmittenda est, ut nec geri, nec attingi quicquam ex rebus pupillaribus per eos oporteat, priusquam illud conscriptum fuerit: nisi forsan tale quid sit, quod nec modicam dilationem expectare possit, *l. tutor qui repertorium 7. pr. ff. h. t. l. tutores 24. C. eod. tit. l. de creationib. 27. in fine C. de episc. audient. novell. 94. in epilogo, l. ult. §. 1. C. arbitrium tutelæ.* Referenda vero in inventarium omnis pupilli substantia una cum oneribus, adeoque mobilia, immobilia, incorporalia, debita ac credita, instrumenta denique omnia in pupilli patrimonio reperta, *d. l. tutores 24. C. h. t.* Sed & ita rerum singularum facienda descriptio est, ut non possit alia res vilior post inventarii confectionem rebus substitui pupillaribus; ac proinde adjiciendus rerum immobilium situs, vicina prædia, quantitas, qualitas, rerum fungibilium natura, bonitas, pondus, numerus aut mensura; cæterarum denique rerum formæ, signa, atque aliæ variæ circumstantiæ, quibus illæ ab rebus aliis distinctæ sunt, atque ita submutatio impedita, arg. *l. si quis intra 7. C. de bonis proscrip.* Montanus *de tutelis cap. 32. reg. 5. n. 75. & seqq.* Argentræus *ad consuet. Br. art. 514. gloss. 3. n. 2.* Mynsingerus *cent. 6. observ. 59. n. 2. 3.*

4. Conficiendum repertorium, non quomodocunque tutori id visum fuerit, sed solemniter, ac sub præsentia publicarum personarum, prout loci cujusque consuetudo id exigit, *l. tutores* 24. *C. de administr. tut. l. ult.* §. 1. *C. arbitr. tutelæ, novell.* 94. *in epil.* junct. arg. *l. testam.* 2. *C. quemadm. test. aper. inspic. & describ.* non etiam quovis tempore, sed quam primum id fieri poterit; cum debeat administrationem antecedere, nec ea diuturnam patiatur dilationem, ne negligentia pereant impuberum facultates: *d. l.* 24. *C. h. t.* junct. *l. tutor qui* 7. §. *si tutor* 1. *ff. h. t.* Cumque nulla lege certum temporis spatium inveniatur tutori præfinitum, intra quod vel inchoet repertorium, vel ad finem perducat, consequens est, ut arbitrio judicis id permittatur, patrimonii pupillaris considerata quantitate, qualitate, situ diffuso, aliisque, pro quorum varietate illud ocius seriusque absolvi potest. Quod enim sancitum est, heredes, cum inventario hereditatem adeuntes, repertorium bonorum intra dies nonaginta debere conscribere, ex quo se cognoverint heredes esse, *l. fin.* §. 2. *C. de jure delib.* ad tutores minime transferendum, Menochius de *arbitr. judic. lib.* 2. *casu* 174. In Hollandia sane tutores, ut recte conficiant repertorium, a patre aut matre aut vitrico vel noverca pupilli adhuc superstite petere debent descriptionem bonorum ad defunctum pertinentium, jurejurando firmandam, præsentibus, aut saltem vocatis proximioribus cognatis; si vero nec parens superstes nec vitricus aut noverca sit, ipsi inventarium præsentibus pupilli proximioribus conficiunt; idque intra sex vel octo septimanas; nisi defunctus ex morbo contagioso perierit, aut in locis remotioribus cognati morentur ut auctor est Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *c.* 9. *n.* 4. & *seqq.* & *n.* 7. Et quamvis testator, qui tutorem suo dedit testamento, eidem quoque solemnem publicamque remittere possit inventarii confectionem, dum sæpe pupillo non expedit, patrimonii arcana pandere, ne vel detecta paupertate honesta contemtus ei inde oriatur, vel opulentia manifestata invidiæ incipiat expositus esse, *l. ult.* §. 1. *C. arbitrium tutelæ*, junct. *l. ult. C. de alimentis pupillo præstand. l.* 2. *in med. principii C. quando & quib. quarta pars deb. ex bon. decur*; omnem tamen omnino privatam, pariterque accuratam bonorum pupillarium descriptionem tutori remitti, nec rationi naturali, nec juris nostri Civilis fundamentis conveniens est. Quis enim non videt, cessante inventarii necessitate, portam malitiis, interversioni, & suppressioni rerum pupillarium apertam fore, pronamque natam in bona grassandi occasionem? Tutori quoque rationum redditionem non posse remitti, nec juberi, ut aneclogistus sit, eumque nihilominus, si bonam fidem in administratione non præstiterit, damnandum esse, Ulpianus auctor est, *l. ita autem* 5. §. *Julianus* 7. *ff. h. t.* & evincitur arg. *l. si servus* 119. *ff. de legat.* 1. At vero neque ratio constare, neque bona fides apparere potest, ubi deficiente bonorum adnotatione sciri nequit, quid in pupilli patrimonio repertum fuerit: ut proinde, non obstante tali testatoris remissione, judex privatum tutori substantiæ pupillaris catalogum injungere debeat, secundum quem & rationum redditio, & reliquorum restitutio impleatur, utilitatem pupillorum magis sequens, quam scripturam testamenti aut codicillorum, arg. *l. utilitatem* 10. *ff. de confirm. tut.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 1. *c.* 9. *n.* 6. Montanus *de tutelis c.* 32. *reg.* 5. *n.* 108. & *seqq.* Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 19. *ar.* 12. *n.* 7. & 9. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 11. *defin.* 4. Brunnemannus *ad l.* 7. *ff. h. t. n.* 4. & *ad l. ult.* §. *ult. C. arbitr. tutelæ*, Vinnius *select. q. lib.* 2. *c.* 16. Bachovius & Hahnius *in notis ad Wesembecii paratit. Pand. h. t. num.* 4. *in pr.* Wissembach *ad Pand. vol.* 1. *disp.* 51. *num.* 1. *in fine* Groenewegen *ad l. ult.* §. 1. *C. arbit. tutelæ.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *c.* 17. *n.* 1. 2.

5. Pœna non conscripti per tutorem repertorii est, quod in id quod interest, per jusjurandum in litem æstimandum, damnandus, atque etiam ut suspectus a tutelæ munere repellendus sit, & perpetua notandus infamiæ macula, tanquam qui bonis impuberis insidiatus fuit, & non ex fide tutelam gessit, aut in posterum gesturus est, *l. tutor* 7. *pr. ff. h. t. l. ult.* §. *ult. C. arbitr. tutelæ.* Quod & obtinebit, si repertorium quidem confectum fuerit, sed non ex fide, dum vel nonnulla apparent dolo malo omissa corpora aut credita, vel quædam inserta tanquam a pupillo debita, quæ vere debita non sunt; nisi quis cum Mynsingero *cent.* 3. *observ.* 39. *num.* 5. aliisque, malit, tutorem in duplum eorum, quæ fraudulenter omissa, damnandum esse, arg. *l. ult.* §. *licentia* 10. *C. de jure deliber.* aut cum Grotio *d. libr.* 1. *cap.* 9. *n.* 6. 7. censeat eum amittere debere partem, quam habet in illa re, atque insuper pro modo fraudis extra ordinem coercendum. Quamvis vix sit, ut id, quod ait de amittenda parte illa, quam quis habet in ea re, prætermissa, nunc amplius servetur; tum, quia pœnæ legales aliquem privantes jure suo in desuetudinem abierunt, teste Groenewegio *ad* §. 1. *Inst. de vi bonor. raptor. num.* 4. tum, quia huic pœnæ occurri solet vulgata clausula, qua inventarium conficiens sibi servat facultatem augendi diminuendique inventarium &c. tum denique, quia pœna hæc ab incerto plane eventu pendet, dum sæpe tutor nullam in ista re partem habet; sic ut idem factum aliquando puniretur, aliquando non. Diversum esset, si sine dolo malo per errorem nonnulla ad pupillum pertinentia non fuissent a tutore in repertorium relata; cum bona fides tutorem excuset, dummodo errore comperto id, quod omissum est, repertorio adscribatur, Grotius *d. lib.* 1. *c.* 9. *n.* 6. 7. Quod si tutor plus in inventarium retulerit, quam re ipsa in patrimonio pupilli repertum fuit; hactenus quidem sibi præjudicat, ut in dubio secundum id, quod scriptum est, patrimonium pupillare & rationes ejus exigantur, dum pro scriptura tali militat ex generalibus juris fundamentis præsumtio veritatis, §. *item verborum* 12. *Inst. de inutil. stipul. l. optimam* 14. *C. de contrah. & commit. stipulat.* & nemo credatur futurus tam simplex ac stultus, ut in inventario publico scribi aliquid contra se patiatur, *d. l. ult. in fine pr. C. arbitr. tutelæ.* Si tamen evidentibus tutor argumentis demonstraverit, rem aliam inventarii scriptura comprehensam ad pupillum non pertinere, & se justa ratione ductum ante fuisse, ut eam crederet pupilli esse, audiendus omnino foret adversus hanc juris præsumtionem pro repertorii scriptura natam, sed probatione in contrarium jam pulsam; ne officium ei sine culpa damnosum sit, arg. *d.* §. 12. *Inst. de inutil. stipul. d. l.* 14. *C. de con-*

trab. et commit. stipul. l. in contractib. 14. *et tot. tit. de non numerat. pecun. l. cum falsa* 5. *C. de jur. et facti ignor.* & secundum mores nostros restitutione in integrum adjuvatur, Groenewegen *ad l. ult. C. arbitr. tutelæ.* Nec huic sententiæ repugnat *d. l. ult. pr. C. arbitr. tut.* cum tota istius principii sententia sit, in quæstione, an pupillus tutorem ex confessione emissa de patrimonii pupillaris quantitate convenire possit, ad eam finita tutela pupillo restituendam, distinguendum esse, utrum pupillaris substantiæ quantitatem tutor sermonibus jactaverit, an vero inventario publice solemniterque confecto inscripserit; ac definitur, *si quidem tutor vel curator pro substantia pupilli vel adulti aliquid ubicunque dixerit, ad majorem quantitatem eam reducens, sive pro utilitate pupilli vel adulti, sive per suam simplicitatem, sive per aliam quamcumque causam, nihil id veritati prajudicare; sed hoc obtinere, quod ipsius rei inducit natura, & mensura pupillaris vel adulti ostendit substantiæ*; adeoque pro tali jactantia patrimonii pupillaris nullam militare veritatis præsumptionem, neque ex ea ullam pupillo contra tutorem actionem comparatam esse, ad patrimonii istius declaratam confessione jactabunda mensuram pupillo restituendam, sed id tantum per pupillum peti posse, quod aliis modis constiterit vere in pupilli bonis fuisse, sic ut tutori non sit imponenda necessitas probandi, jactantiam atque confessionem illam verbalem tutoris de pupillaris substantiæ quantitate non ex vero fuisse factam. Nempe, sicut in venditionibus multa dicuntur commendandi gratia, ut jactentur, non ut præcise præstentur, *l. sciendum* 19. *pr. & §. ea autem* 3. *ff. de ædil. it. edicto*, ita quoque de pupillari patrimonio multa jactari tutoribus haud insolitum, quæ tamen præstanda non sunt. Si vero non in verbis substiterit tutoris confessio, *sed inventario publice facto res pupillares vel adulti tutor inscripserit, & ipse per hujusmodi scripturam confessus fuerit ampliorem quantitatem substantiæ*; tunc *non esse aliud inspiciendum, nisi hoc quod inscripserit, & secundum vires ejusdem scripturæ patrimonium pupilli vel adulti exigi*; atque ita pro confessione per scripturam solemniter conditam emissa militare præsumtionem veritatis, neque aliam insuper a pupillo pro patrimonio exigendo adduci debere probationem, sed solam illam scripturam publicam, præsumptione juris munitam, sufficere pupillo vel adulto ad quantitatis eadem contentæ exactionem; *cum nemo tam simplex, imo stultus, inveniatur*, id est, præsumatur futurus, *ut in publico inventario aliquid scribi contra se patiatur.* Neque tamen quicquam obstat, quo minus illa juris præsumptio per manifestas in contrarium probationes pellatur secundum ea, quæ supra adstructa sunt. Quo modo & Paulus Jurisc. in *l. si heres* 3. *ff. ad leg. Falcid.* agens de venditione hereditatis, quæ solvendo non erat, scripsit, *vix quidem persuaderi posse, solvendo non fuisse eam hereditatem, quæ emtorem invenerit*; neque tamen negat, id fieri potuisse, ut damnosæ hereditatis emtor existeret; sed ait, tunc venditorem heredem institutum pretium illud damnosæ hereditatis *magis ex stultitia emtoris haberi videri, quam ex bonis defuncti.*

6. Præmissis hisce restat excutiendum, quid in administratione tutelæ circa pupillum & bona ejus tutor possit vel non. Tutorem quidem pupillam suam sibi suisve despondere non potuisse ex jure civili, licet id moribus non ita rigide observetur, traditum in *tit. de ritu nupt. num.* 25. nec permissum fuisse tutori suum pupillum aut pupillam adrogare, ne sese hoc modo a rationum reddendarum necessitate liberaret, Ulpianus docet, *l. nec ei* 17. *pr. ff. de adoption.* nisi tutor simul pupilli sui vitricus esset, *l. nonnunquam* 32. *§.* 2. *ff. de adopt. l. ult. C. de contrario judic. tutelæ.* Imprimis vero circa pupilli personam est, ut congrua ei alimenta præstet, de quo latius *ad tit. ubi pupillus educ. vel morari deb.* atque insuper cum non rebus duntaxat, sed etiam moribus pupilli præponatur, honestis eundem curet imbui ac instituí artibus & disciplinis aut officiis, secundum natalium conditionem, ingeniique indolem ac capacitatem, *l. qui filium* 4. *ff. ubi pup. educ. vel mor. deb. l. de bonis* 6. *§. non solum* 5. *ff. de Carbon. edicto*, eumque in finem honoraria ac mercedes præceptoribus constituat, non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii proque natalium dignitate, *l. cum plures* 12. *§. cum tutor* 3. *ff. h. t. l. jus alimentorum* 3. *§. pen. l.* 4. *ff. ubi pup. educ. vel mor. deb. d. l.* 6. *§.* 5. *ff. de Carbon. edicto.* Ut tamen nihil donet aut expendat pupilli nomine, ac respectu existimationis eius, quod ex suis non honestissime esset erogaturus, *d. l. cum plures* 12. *§. nimirum* 2. *ff. h. t. l. ult. ff. de curator. furios. & aliis extra min. dand.* cum donatio non tam administratio, tutori demandata, quam potius perditio sit, *l. non omni* 16. *C. h. t. l. Lucius Titius* 46. *§. ult. ff. h. t.* junct. *l. filiusfamilias* 7. *ff. de donation. l. contra juris* 28. *§. ult. ff. de pactis.* Quæ & ratio est, quod tutor patri pupillorum obærato non possit partem debiti remittere, cum hic pupillorum debitor esset, nisi & reliqui patris creditores, partem debiti eidem ex commiseratione remiserint, ut sese honestius expedire & quasi luctando emergere tandem possit. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 278. Vide *tit. de pactis n.* 25. *& seqq.* Quemadmodum nec gratificari potest patri pupillorum, mutuas ei dando pecunias pupillares, quoties non eadem a patre, quæ ab extraneis securitas in pignore dato aut fidejussore constituitur. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 323. Sed nec debitori pupilli prorogare satis tuto potest terminum solutionis. Fachineus *controv. lib.* 12. *c.* 58. Montanus *de tutelis c.* 32. *reg.* 9. *n.* 130. Nec sorori aut matri eorum recte munus nuptiale mittit; nec, si miserit, pupillo imputare potest; cum non perquam necessaria ista numeratio sit, *l.* 1. *§. sed si munus* 5. *ff. de tutelæ & rat. distrah. l. tutor secundum* 13. *§. ult. ff. h. t.* licet hisce, aliunde semet exhibere non valentibus, alimenta congrua subministrare queat, *d. l.* 13. *§. ult. ff. h. t. l.* 1. *§. sed & si* 2. *& §. præterea* 4. *ff. de tut. & rat. distrah.* Responsa Jurisc. Holl. *parti* 2. *consil.* 278. *in fine et* 279. Adde *tit. de agnosc. et alend. liberis n.* 8. atque etiam sorori germanæ vel consanguineæ pupilli dotem dare. Vide *tit. de jure dot. n.* 14.

7. Præcipue autem circa res pupilli tutoris est ea procurare, quibus extra damni periculum pupillus constituatur, & suo in statu res singulæ conserventur; adeoque providere, ne ullum genus ædificii, quod integrum dabat hereditas, aliusve justus titulus in pupillum detulerat, collapsum depereat; aut rerum pretia per negligentiam diminuantur. Sed & si parens vel alius quicunque, cujus heres est pupillus,

deformatum reliquerit ædificium, id tutor reficiet, *l. lex, quæ tutores* 21. vers. *nec vero domum C. h. t.* Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 297. Suo quoque tempore solvet ea, quæ a pupillo debentur; ne vel in pœnam incidat pupillus ex mora, vel res ipsius distractioni exponantur. Quid enim, si emphyteusim impubes habeat, cujus nomine canon præstandus annuus sub pœna commissi? Quid, si quid defunctus, cui successit pupillus, vel ipse auctore tutore sub pœna promiserit? Quid, si prædium possideat, unde quotannis census aut tributum pendendum est? Sane quicquid damni ex neglecta canonis vel promissi vel census vel tributi solutione intra constitutum tempus facienda contigerit; illud omne de propria tutoris substantia pupillo reparandum est, *l. si tutoris* 23. *C. h. t. l. qui solidum* 78. §. *etiam* 1. *ff. de legatis* 2. Nec interest, utrum extraneo pupillus debeat, an ipsi tutori; cum tutor sibi quoque solvere non modo possit, sed & debeat, ex pecunia pupillari; sic ut id non agens futuri temporis usuras haud percipiat, *l. quotiens* 9. §. *sicut* 5. *et* §. *non tantum* 7. *ff. h. t. l. quid ergo* 3. §. *si tamen* 5. *ff. de contrar. tut. & utili act.* nisi nummi pupillares depositi fuerint ad emtionem prædiorum, nec a prætore decretum impetrare potuerit, ut sibi liceat inde solvere, *d. l. quid ergo* 3. §. *quid ergo* 6. *ff. de contrar. tut. & utili act.* vel pupillus rogatus sit hereditatem suo tutori restituere, quo casu magis alterius tutoris aut curatoris auctoritate ad id opus est, *l.* 1. §. *fuit quæsitum* 13. *l. restituta* 37. §. 1. *ff. ad Senatusc. Trebell.* Conditiones insuper adimplere tutor tenetur, quoties ex implemento earum lucrum pupillo obventurum est, vel ob omissam earum impletionem damnum pupillus subiturus. Qua ratione, si donatio in pupillum collata sit sub conditione suspendente potestativa, vel ei pure factæ modus certus seu lex certa adjecta inveniatur, cui si non paritum sit, donatio velut ob ingratitudinem revocari posset, convenienter *legi ult. C. de revoc. donat.* & *l. ea lege* 3. *C. de condict. ob causam dator.* amissæ vel non obtentæ rei donatæ periculum ob neglectam donationis conditionem tutor præstare compellitur, *l. pupillorum* 21. *C. h. t.* arg. *l. quicquid* 7. 6. *arbitr. tutelæ.*

8. Ex adverso quoque officium tutoris est id omne exigere, quod pupillo debetur, sic ut & a semet ipso exigere ac solvere pupillo teneatur, si debitor ejus sit, *l. quotiens* 9. §. 1. & *seqq. l. Lucius Titius* 46. §. *ult. ff. h. t. l. tutores debita* 13. *C. h. t.* Nec dubium, quin, si debitores a tutore interpellati solvere detrectent pupillare debitum, tutor ad venditionem pignorum procedere possit, si quæ forsan in debiti securitatem data fuerint, observatis tantum in eorum distractione communibus juris regulis ac consuetis solemnitatibus, ac ne decreto quidem prætoris adhibito, quasi non pupilli, sed debitoris, adeoque aliena res esset, *l. debitoribus.* 18. *C. h. t. l. magis puto* 5. §. *si fundus* 3. *ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt*, arg. *l. si pater* 4. §. *ult. ff. de manumiss. vind.* Ut tamen non aliter debitores pupillares satis tuto solvant pupillo aut tutori ejus, quam si decretum interpositum fuerit, nisi non sortes, sed solæ usuræ vel reditus vel pensiones, biennales metas & centum solidorum quantitatem haud excedentes solvendæ sint, §. *fin. Instit. quibus alien. licet vel non l. sancimus* 25. *l. constitutionem* 27. *C. h. t.* Montanus *de tutelis* *cap.* 32. *reg.* 9. *num.* 228. Quod si per negligentiam tutoris in debitoribus pupillaribus conveniendis illi minus idonei effecti sint, ipse eo nomine in debitam pecuniam conveniri potest, *l. si tutor* 15. *ff. h. t.* nisi penes talem fuerit pupillaris pecunia, qui omnium opinione idoneus habebatur; dum forte celeberrimus erat argentarius, & inopinato casu factus est non solvendo, *l. si res pupillaris* 50. *ff. h. t.* Hartmannus Pistoris *lib.* 1. *qu.* 49. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 1. *cap.* 18. *num.* 11. Adde Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 117. & 260. Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 9. *defin.* 13. vel demum post obitum pupilli, aut pubertatem ejus, vel finitam alio modo tutelam, desierit nomen debitoris idoneum esse *l. tutores qui* 39. *pr. l. cum post mortem* 43. *pr. l. Titium* 47. §. *Lucius* 5. *ff. h. t.* vel pupillus major factus nomen debitoris a tutore contractus approbaverit usuras a debitore exigendo aliisve modis, Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 18. *num.* 12. vel tutor nomina minus idonea a priore tutore vel curatore susceperit simpliciter, non vero agnoverit, *l. tutor sive* 35. *ff. h. t.* nam si agnoverit seu comprobaverit, incipit nomen a priore tutore contractus posterioris tutoris periculo esse, *l. qui nominibus* 44. *ff. h. t. probatum* 19. *ff. de tutel. & ration. distrah.* Gothofredus in *notis ad d. l.* 44. denique negligentior fuerit tutor in nominibus paternis, id est, a patre pupilli contractis, quæ initio tutelæ susceptæ idonea erant, exigendis, si modo fraude careat & culpa lata, quæ effectu inspecto dolus est, *l. nomina* 2. *C. arbitrium tutelæ.* Appendix decisionum post Resp. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *pag.* 33. verb. *een voogd.*

9. Præterea in id incumbendum tutori, ut utiliter collocet pupilli patrimonium; adeoque aurum, argentum, instrumenta, documenta, cautiones debitorum, & quicquid vetustate temporis non mutatur, in pupillari substantia repertum, in tutissima reponat custodia, *l. tutores* 24. *C. h. t.* moribus nostris cautiones apud Cameram pupillarem, si ex exclusa non sit, Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 1. *cap.* 9. *n.* 7. 8. pupillarem pecuniam, quæ in necessario haud eroganda pupilli usus, in prædiorum idoneorum emtionem impendat, aut, si ea inveniri non potuerint, usurarum quærat accessionem, nummos fœnerando, *d. l.* 24. *C. h. t. l. si plures* 3. §. *cæteri* 2. *l. ita autem* 4. *ff. h. t.* Quod si & prædia comparare & fœnori dare nummos tutor supersederit per integros sex menses ex eo tempore, quo primitus tutelæ suscepit administrationem, in otiosæ pecuniæ usuras ipse ac heredes ejus damnandi sunt, *l. tutor, qui repertorium* 7. §. *si post depositionem* 5. & §. *pecuniæ, quæ* 13. *l. si tutor* 15. *ff. h. t.* ac libertus insuper ea facere negligens extra ordinem coercetur, sicut & is, qui per contumaciam ea agere noluit, & damnum inde superveniens resarciendum idoneus non est, *l. ob fœnus* 49. *ff. h. t. l. nisi tam* 4. *C. h. t.* Plane, si tutor pecuniam pupillarem credere non potuit, quod non erat, cui crederet, nec idonea prædia potuerunt inveniri venalia, non tutori, sed pupillo vacare debet, *l. cum plures* 12. §. *ult. ff. h. t. l. si pecuniam* 3. *C. de usuris pupillar.* nisi tutor talia allegans, nummos interim proprios bene collocaverit: tunc enim tamquam facto proprio manifeste convictus, ab usurarum præstatione immunis non est, *l. tutor secundum* 13. §. *non est* 1. *ff. h. t.* arg.

l. si, ut certo 5. §. *quod vero* 4. *in fine ff. commodati.* Quod autem dictum de sex mensium spatio tutori indulto ad nomina vel prædia idonea pupillis quærenda, verum est in ipso ingressu atque initio tutelæ: nam postquam aliquandiu pupillaria tractavit negotia, atque ita pleniorem ac accuratiorem adeptus est eorum notitiam, intra menses duos pupillarem pecuniam collocare obstrictus est, seu duorum mensium inducias habet in annos singulos; alioquin in usuras pupillo pendendas futurus obligatus, *l. tutor, qui repertorium* 7. §. *usuræ* 11. *ff. h. t. nov.* 72. *cap. quoniam* 6. *in fine*, Gothofredus *in notis ad l.* 15. *ff. h. t.* Cujacius *libr.* 5. *observ.* 12. Quin imo, si tutor non otiosos secum habuerit pupilli nummos, sed in usus suos converterit, in integræ sortis usuras protinus tenetur, nec temporis illius duorum aut sex mensium laxamentum habet, *l. tutor, qui repertorium* 7. §. *usuræ* 11. *l. qui negotiationem* 58. §. *ex duobus* 1. *ff. h. t.* usque adeo, ut non ex more regionis, sed gravissimas, seu legitimas, id est, semisses usuras eo nomine præstare debeat, *d. l.* 7. §. *pecuniæ* 4. & §. *quæ autem* 10. *ff. h. t. l. si curator* 3. *C. arbitr. tut. l.* 1. *C. de usuris pupill. l. qui sine* 58. *ff. de negot. gestis*, junct. *l. eos qui* 26. *in med. vers. cæteros C. de usuris.* Adde *tit. de usuris n.* 2. Sicut & ille, qui negat, habere se ad alendos pupillos penes se aliquid, gravissimas pendere cogitur usuras ejus, quod constiterit penes eum esse, *d. l.* 7. §. *idem solent* 8. *ff. h. t.* Non tamen usuris maximis subjiciendum eum Tryphonius censuit, qui a contutoribus suis mutuam pupilli pecuniam recepit, & cavit, certasque usuras promisit, quas & alii debitores pupillo dependunt; quia hic non sibi consumsit, nec clam, nec quasi sua pecunia licenter abutitur; & nisi his usuris a contutore mutuum ei daretur, aliunde accepisset: multum denique referre, palam aperteque debitorem se ut extraneum quemlibet facere pupillo, an sub administratione tutelæ pupillique utilitate latenter sua commoda pupilli pecunia juvaret, *l. non existimo* 54. *ff. h. t. l. qui sine* 58. *ff. de neg. gestis.* Idemque est, si pupilli pecuniam sibi creditam scripserit, cum forte contutorem non haberet; nam & se ista ratione recte potest mutua pecunia obligare, *l. quotiens* 9. §. *non tantum* 7. *ff. h. t.*

10. Quamvis autem jure novissimo Justiniani tutori non fuerit imposita necessitas collocandi fœnori aut in prædiorum emtionem pecunias pupillares, sed muneri suo abunde satisfaciat, si eas caute reponat ac conservet pupillo, nisi universum pupilli patrimonium in nummis consistat, nec aliunde reditus pupillo suppetant, ut inde honeste ac secundum natalium dignitatem liberaliter exhibeatur, *nov.* 72. *cap. quoniam* 6. 7. nostris tamen & plerarumque gentium aliarum moribus jus anterius Pandectarum & Codicis hactenus reductum fuit, ut tutores pupillarem pecuniam aut in prædiorum emtionem, aut fœnori collocare sub idoneis pignoribus aut fidejussoribus obligati sint, nisi malint ipsi in usuras damnari, Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 12. 13. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 51. Gudelinus *de jure noviss. l.* 1. *cap.* 18. *vers. porro*, seu *num.* 3. & *seqq.* Mævius *ad jus Lubecense lib.* 1. *tit. . ar.* 13. *n.* 27. & *seqq.* Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 9. *defin.* 13. *post med.* Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 260. & *part.* 2. *cons.* 223. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *c.* 17. *n.* 9. & quidem in eas, quæ ex more regionis frequentantur: quod enim apud Neostadium scriptum est, eos semisses usuras pendere compulsos, *d. decis. supr. Curiæ* 51. id ad illius temporis rationem exactum, vulgares tantum usuras denotabat; unde & ibidem dicitur Curiam condemnasse in *usuras semisses, quæ ubique communes sunt.* Licet de cætero verum sit, non præcise illud duorum aut sex mensium spatium jure civili definitum nunc observari; sed statutis quibusdam trium mensium spatium inveniri præscriptum, & maxima ex parte pro circumstantiarum varietate arbitrarium esse, ubi nihil aperte statutis cautum est. Neostadius *d. decis.* 51. Groenewegen *ad l.* 7. §. 11. *ff. h. t.* sicut nec omnis omnino pecunia pupillaris collocanda est, sed modica pars ejus otiosa in casus improvisos morbi aut alterius necessitatis inopinatæ, quæ pupillo obvenire potest, pro modulo facultatum impune reservatur, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 51. *vers. sed senatus.* Quod autem a Groenewegio exigitur, ut tutores pecuniam ultra duos menses otiosam habentes, eandem apud acta deponant, *ad l.* 12. §. *ult. ff. h. t.* id neque usu passim servatur, neque a Neostadio ibidem allegato absolute statuitur; sed magis est, ut vel cameræ pupillari, vel (si ea exclusa) magistratui significent, se nummorum pupillarium collocandorum idoneam non invenire occasionem, secundum Hugonem Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 9. *n.* 13. in verb. *op stroffe.* Cujus tamen querimoniæ nunc rarior causa est, ex quo placuit Hollandiæ, Zelandiæ & Ultrajectinæ ditionis Ordinibus, tutores pupillarem pecuniam tuto posse collocare in emtionem redituum ab ærario publico constitutorum, aut ipsi ærario fœnori dare; eo quod ærarium præsumitur debitis exsolvendis sufficiens esse. Conf. Placit. Ordin. Holl. 3. *Octobr.* 1671. *volum.* 3. *placit. Holl. pag.* 492. Edict. Ordinum, Zelandiæ 3. *Maji* 1679. *d. vol.* 3. *pag.* 598. 599. Recte quoque privatis in exsolutionem stipendiorum militarium, sub pignore instrumentorum, quibus solutio istorum stipendiorum quæstoribus ærarii injungi solet (vulgo *ordonnantien van soldye*), Placit. Ordin. Holl. 13. *Maji* 1678. *d. vol.* 3. *pag.* 492. Ordin. Ultrajectin. 13. 1630. denique etiam in emtionem redituum vitalitiorum ab ærario publice pendendorum; si modo ad id tutores impetrent decretum curiæ aut magistratus aut cameræ pupillaris; secundum distinctiones propositas in placito Ordinum Holland. 3. *Oct.* 1611. *d. vol.* 3. *pag.* 492.

11. Quod si pater pupillorum vivus mercaturam exercuerit, illud quidem expeditum est, tutores eam nomine ac periculo pupilli continuare posse, sic ut omne lucrum & damnum pupillo cedat, quoties id pater nominatim præcepit, *l. qui negotiationem* 58. *ff. h. t.* Tutores quoque mercaturam a patre pupillorum exercitam continuantes, eandem non suo, sed pupilli nomine continuasse præsumi, tradit Carpzovius *defin. forens. par.* 2. *constit.* 11. *defin.* 38. *in fine*, Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 1. 17. *n.* 12. *in fine.* Denique eos non modo posse, sed & debere eandem continuare pupilli nomine; verum ita, uti defunctus negotiatus fuerat, post Marquardum *de mercatura lib.* 1. *cap.* 9. *n.* 5. & *seqq.* censet Brunemannus

ad d. l. 58. *ff. b. t.* Quod postremum, licet hactenus probandum sit, ut tutori incumbat explicare ac ad finem perducere negotia mercaturæ per defunctum inchoata, eaque ratione res pupillares incertæ negotiationis aleæ, quantocius subducere, ac in tuto collocare, arg. *l. nam & Servius* 21. §. *si viro* 2. *ff. de negot. gestis*, non tamen admittendum videtur, ut si forte pupillus anniculus fuerit, tutor aut compellendus esset usque ad majorennitatem pupilli omnem negotiationis subire molestiam, utcunque per institores id fieret; aut sponte & libera ex voluntate posset pupilli patrimonium adeo ancipiti negotiationis periculo dubioque eventui committere; si non pater id suo testamento fieri jusserit, juxta *d. l.* 58. *ff. b. t.* Atque hinc, cum unus ex duobus fratribus, sociis bonorum & negotiationis, defunctus fuisset filio impubere relicto hærede, & alter frater, pupilli patruus simulque tutor, venditis omnibus communis negotiationis mercibus, & sibi redemtis, negotium suo nomine exercuisset, factum illud a Scævola reprehensum haud fuit, quasi in tutoris officium impingens; sed contra, in quæstione inde orta, utrum compendium negotii an usuras pecuniæ tutor pupillo præstare deberet, responsum fuit, pupillo usuram, non compendium, præstandum esse, *l. Titium* 47. §. *altero* 6. *ff. b. t.* Diversum est, si non de negotiationis, sed societatis continuatione post mortem unius parentis inter superstitem & liberos ejus quæstio esset: tunc enim tuto satis tutores eam pati possunt, quamdiu non manifesta inde læsio metuenda est; præsertim si superstes officinam aut mercaturam exerceat, circa quam divisio sæpe damnosa est. Non enim tam facile damnum pupillis ex conjugalis societatis continuatione, atque quidem ex mercatura, imminere potest; cum continuationem societatis respuere possint liberi, & exactione bonorum parentis prædefuncti, qualia illa fuerunt mortis tempore, contenti esse, quoties parentem superstitem nihil a morte conjugis superlucratum fuisse apparet, secundum ea quæ dicta *tit. soluto matrimon. num.* 30. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 394. *in fine*.

12. Adhæc non minima officii tutoris pars est, pro pupillo in judicio stare; sive pro eo adhuc infante vel absente aut cum eo jam infantiam egresso & præsente, actionem instituat, sive ejusdem ab alio conventi suscipiat defensionem, *l.* 1. §. *sufficis* 2. *l. tutoris* 32. *ff. b. t. l. sancimus* 28. *C. b. t.* si modo pupillo justa litigandi ratio sit; adeo ut, si in bona causa succubuerit, etiam ab iniqua sententia appellare teneatur, ni malit tutelæ judicio indemnitatem pupillo præstare, *l. si bonam* 11. *C. b. t.* Nam si mala pupillaris causa appareat, tantum abest, ut eo nomine actio vel defensio tutori injuncta sit, ut potius sponte sua bonam fidem agnoscere debeat, & vel sine judice solvere, quod pupillus vero debet, vel ab actione calumniosa in universum abstinere, ne alioquin, si temere ac per calumniam instituerit vel exceperit judicium, omnes improbæ sitis expensas de suo solvere compellatur, *l. quotiens* 9. §. *nec utique* 6. *ff. b. t. l. non est ignotum* 6. *C. b. t. l. qui solidum* 78. §. *etiam* 2. *ff. de legatis* 2. Sed quoniam experientia docuit, non raro tutores sub prætextu litium pupilli nomine movendarum aut excipiendarum privatas suas exercere simultates, & pupillorum impendio atque dispendio odia fovere ac persequi ultiones; hinc hodie tutor pupilli causam dubiam in judicium deducturus, magistratus decretum ad id impetrare tenetur, alioquin ipse, ubi succubuerit, litis impensas subiturus, Zypeus *notit. juris Belgici tit. de tutoribus* vers. *tutoribus pag. mihi* 178. *in fine* & 179. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 1. *cap.* 8. *n.* 6. 7. 8. Groenewegen *ad l.* 6. *C. b. t.* Adde Jacob. Coren *observ.* 3. *n.* 22.

13. Cæterum haud incongruum fuerit, huic administrationis & potestatis tutoriæ tractationi inserere partem responsi, ante aliquot annos a facultate nostra Juridica dati, ad propositam facti speciem, quod quidam pupilli nobilis Scoticani tutores in Scotia transegissent super usufructu, qui in re pupillari competebat matronæ quinquagesimum sextum ætatis annum agenti, ac cancro laboranti, nec post transactionem diu superstiti, sic ut transactionis nomine longe majorem adepta esset pecuniæ numeratæ quantitatem, quam ex fructibus potuisset ad finem vitæ jure ususfructus lucrari. Cum enim rogaremur utrum transactio illa rata & pupillo damnosa esse deberet, me scriptum concipiente, ita censuimus. Etsi jura non in universum omnem curatoribus transactionem interdicunt, sed eam tantum, qua jus liquidum pupilli similiumque remittitur, *l. si pignore* 54. §. *ult. l. interdum* 56. §. *qui tutelam* 4. *ff. de furtis*, *l. præses* 12. *C. de transact. l. Lucius* 46. §. *ult. ff. b. t.* junct. *l. non omni* 16. *Cod. eod. tit. de admin. tut.* Tyraquellus *ad l. si unquam* 8. *C. de revoc. donat. in verbis* donatione largitus, *n.* 196. Paulus Montanus *de tutelis cap.* 33. *n.* 239. & *seqq.* & *n.* 289. tamen de hisce demum casibus sententia hæc admittenda est, in quibus litis præsents vel imminentis dubius expectandus est eventus; atque adeo, in quibus, si transactione negotium non componeretur, judiciali tandem sententia foret inter partes contendentes decidendum: tunc enim, cum omnino facto hominis decisio sequi debeat, & incerta ac ambigua causarum fata sint, incertique triumphi, satius sæpe est, vexæ redimendæ gratia nonnihil de jure pupilli remittere, quam experiundo de jure summo, & extremæ tentando pupillum amittendi totius periculo exponere. Unde & hanc in tutoribus transigendi licentiam præcipue eo niti fundamento, quod honesta censeri debeat ac verecunda minimeque vituperanda tutorum cogitatio lites execrantium, videri potest apud Montanum *de tutelis cap.* 33. *n.* 254. & *seqq.* Aliter statuendum, ubi nulla lis est, vel metuitur; ubi non per judicis sententiam incertitudo, si quæ negotiis subsit pupillaribus, definienda est, & ab incerta judicis periti imperitive, circumspecti aut imprudentis, opinione captuque vacillante lucrum pupilli aut damnum dependet, sed tantum a natura & eventu conditionis aut diei, ex quo suspensa est duratio atque interitus rei, determinationem debet expectare; ubi denique jus pupilli nulla sui parte controversum, sed planum, clarum certumque apparet. Quæ omnia in præsenti facti specie concurrere manifestum est: quippe in qua, uti certum erat, minori jus proprietatis in re emta competere: ita e contrario evidens quoque erat, nullum jus ususfructus cum proprietate consolidandi eidem acquirendum fuisse, nisi extincto per usufructuariæ mortem usufructu: & uti nulla probabili ratione per judicis sententiam fructuariæ ante obitum potuisset auferri jus ususfructus ac pupillo

addici; ita nec vice versa spem ususfructus ad proprietatem reversuri potuisse diminui pupillo aut interverti; sed omnino ex incertæ mortalitatis eventu, quandoque extituro, ususfructus constituti finem pendere. Nec est, quod regeratur, curatorum hoc unum fuisse propositum, ut suo quam maxime consulerent pupillo, paucorum annorum (quinque scilicet & paulo amplius) præstatione præsente jus ususfructus adjiciendo proprietatis, a qua illud potuisset forte annis integris quadraginta aut diutius mansisse separatum, cum fructuaria transactionis tempore annum agens quinquagesimum sextum, potuisset naturaliter ad annum centesimum, ut finem vitæ longævi hominis, ætatem perducere, *l. an ususfructus* 56. *ff. de usufructu & quemadm. quis utat.* Etenim primo quidem illud considerandum, permissum haud esse curatoribus certa suorum pupillorum commoda incertis exponere amissionis periculis, aut res eorum diminuere lucri majoris incerti obtinendi spe, & ita patrimonii diminuendi causa transigere, *l. Lucius Titius* 46. §. *ult. ff. de admin. & peric. tut.* cui consequens est, nec curatoribus hic competiisse facultatem faciendi ex substantia pupillari tredecim millium marcarum præsentem jacturam aut erogationem, ut ex usufructu sic redemto lucrum sentiret pupillus post annorum quinque decursum, ubi & sine ulla numeratione potuisset anno primo ususfructus finiri; ut id etiam in hac facti specie contigisse asseritur. Quamvis enim haud sit eundum inficias, quin quandoque boni ac providi patresfamilias, modico præsente soluto, proprietati suæ adjiciant usumfructum, qui prætermissa redemtione diutius potuisset a proprietate manere segregatus; non tamen quicquid diligens paterfamilias, liberrimus rerum suarum moderator & arbiter, spe lucri majoris tentat, quicquid periculo amissionis non imprudenter expendit cum emolumenti captandi voto, id statim curatoribus aliisque similibus rerum alienarum administratoribus, non liberum arbitrium, sed administrandi tantum potestatem habentibus, videri potest concessum esse. *Non omni titulo res pupilli potestatem alienandi tutores habent, sed administrationis tantum causa distrahentes, quæ iis venundare licet, justam causam possidenti comparantibus præstant*, pro regula traditum ad Impp. *l. non omni* 16. *C. de admin. tut.* Et certe, ista si tutoribus ac curatoribus permittenda fuerint, occasio facilis erit ac via declivis, qua minores ad paupertatem festinent. Mercaturam exercere & ea ratione ad opulentiam grassari, dominis permissum est; nec tamen ideo recte aut ex officii præscripto tutor fecerit, si bene collocatos fœnori nummos pupillares, aut etiam otiosos, maturius ditescendi causa negotiationi instituendæ impenderet, unius forte naufragii calamitate in totum perituros. Hinc in *l. qui negotiationem* 58. *ff. de admin. & peric. tut.* cum pater pupilli per duos liberos suos mercaturam exercuisset, nominatim testamento suo cavendum censuit, & libertis hisce impuberi filio tutoribus datis injungendum, *ut negotium eodem modo exerceretur, quo, se vivo, exercebatur:* cumque alter tutor redactum ex negotiatione ista lucrum sibi cuperet reservatum, & pecuniæ pupillaris usuras inferendo defungi vellet, responsum fuit, eum debere *rationes reddere secundum voluntatem defuncti*, adeoque lucrum omne negotiationis ac damnum pupillo imputare. Cui consequens erat, ipsum liberandum fuisse sola usurarum præstatione, & suo periculo fuisse negotiaturum, si non nominatim pater pupilli suo testamento negotiationis præcepisset continuationem. Unde & interpretes merito collegerunt, tutorem non posse mercaturam, a defuncto pupilli patre non exercitam, pupilli nomine & periculo exercere; &, si pater exercuerit, non alio modo, quam quo defunctus ageret, continuare: uti post Alexandrum *vol.* 5. *consil.* 132. *n.* 14. & Marquardum *de mercatura libr.* 1. *cap.* 9. *n.* 5. & *seqq.* notat Brunnemannus *ad d. l.* 58. *ff. de admin. & per. tut. n.* 3. Mercium quoque transvehendarum periculum, lege ac consuetudine probante, in se recipiunt non pauci patresfamilias industrii, accepto præsente periculi pretio: nec tamen jure quispiam hanc curatoribus asseruerit potestatem, ut pupillorum suorum nomine ac periculo trajectitiarum rerum promitterent securitatem, seu (ut loquuntur) facerent assecurationem. Nec ignotum, licitas esse de hereditatibus ex fideicommisso post mortem fiduciarii restituendis transactiones, ut vel fiduciarius statim ipse vivus restituat retenta hereditatis parte, vel fideicommissarius modico præsente accepto, ulteriori renunciet spei, *l.* 1. *l. cum proponas* 16. *C. de pactis, l. de fideicommisso* 11. *C. de transaction.* iniquum tamen fore, si hæc transigendi species arbitrio nudo curatorum, nullo magistratus decreto interveniente, relinqueretur, in aperto est. Reditus denique vitalitios emi haud insolitum illis, qui rerum suarum satagunt: ex quo emtionis genere licet pupillis ad ætatem provectiorem perventuris non leve lucrum possit accedere; quia tamen sors ipsa pupillo brevi post moriente perire posset, potestatis suæ terminos curator excesserit, si pupillarem pecuniam in redituum talium acquisitionem pupilli periculo voluerit erogatam, adeo ut nunc apud Hollandos (ubi redituum talium vitalitiorum frequentissimus usus est) *anno* 1671. 3. *octobr.* urgentibus utilitatibus fisci tunc undequaque pecuniam conquirentis, per Hollandiæ Ordines cautum fuerit, tutores & curatores extra cavillationis aut reprehensionis metum posse pupillorum pecuniis & periculo ac commodo tales ab ærario reditus comparare; sed tamen non aliter, quam præcedente Curiæ Provincialis aut magistratus decreto. Et quamvis Hollandorum juribus exteros non ligari expeditum sit; rationabilem tamen & limitatam ex æquo tutorum potestatem etiam ex aliarum gentium moratorum usibus confirmari absonum non est. At quid, obsecro, interest, reditum vitalitium quis pupillo comparet, & sortem perdat, an præsente tredecim millium *marcarum* pretio incertam redimat ususfructus, itidem a mortalitate personæ dependentis, durationem?

14. Denique tutoribus incumbit generaliter id, quod adversus alium præstare debent pupillo, adversus se quoque præstare: forsitan & plus; eo quod adversus alios experiri sine actione non potuerunt, adversus se potuerunt, *l. quotiens* 9. §. *& generaliter* 3. *ff. h. t.* præterea actus contutorum aut concuratorum suorum diligenter observare, *l. si plures* 3. §. *cæteri* 2. *ff. h. t. l. quod si forte* 14. §. *sunt* 1. *ff. de solution.* licet enim nequeant ab illis rationes exigere, durante administratione, tamen suspecto postulare possunt, si actus sui rationes contutori detrectent communicare, *l. actus sui* 19. *ff. h. t.* Et ut paucis

omnia complectar, ita versari debeant circa bona pupilli eorumque administrationem, ut in iis laborent tanquam in suis, atque interim simul iis abstineant tanquam alienis, secundum Senecam *consol. ad Helviam cap.* 14. quo præstito, fraudi aut damno illis non erit, si, cum bene & diligenter negotia gessissent, eventum adversum habuerit, quod gestum est, *l. quid ergo* §. *sufficit* 7. *ff. de contrar. tut. & utili act.*

15. Quamvis autem finita tutela simul finitum protinus videatur tutoris officium; tamen negotia illa, quæ ab eo durante adhuc ætate impubere inchoata sunt, etiam post pubertatem per eum ad finem perduci debent; sive extrajudicialia sint, sive judicialia; sic ut in iis cessans suo cesset periculo, perinde ac si tutela necdum hoc aut illo modo fuisset finita, nisi rationes jam redditæ sint, *l. ita autem* 5. §. *post completum* 6. *l. tutorem qui* 37. §. 1. *in fine ff. h. t. l. si tutor* 13. *ff. de tutelæ & ration. distrah. l. unic.* §. *ult. ff. si pend. appell. mors intervenerit*, arg. *l. nam & Servius* 21. §. *si vivo* 2. *ff. de negot. gestis.* Montanus *de tutelis cap.* 39. *n.* 183. 184. Idemque obtinet in tutoris heredibus, si is ante pupilli pubertatem in fata concesserit; si modo legitimæ ætatis & masculi & idonei sint, *d. l. unic.* §. *ult. ff. si pend. appel. &c. l. pen. ff. de appellat. & relationib. l.* 1. *pr. ff. de fidejuss. & nominat. & her. tut.* arg. *l. heres socii* 40. *l. actione* 63. §. *morte* 9. *ff. pro socio*, Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *t.* 9. *defin.* 18. Montanus *de tutelis cap.* 37. *par.* 2. *n.* 132. 133.

16. Quo porro ordine tutores & curatores, tum administrantes tum honorarii, quique pro hisce intervenerunt, conveniendi sint, rectius *in lib. seqq. t.* 8. explicabitur.

TITULUS VIII.

De auctoritate et consensu tutorum et curatorum.

SUMMARIA,

1. *Quid sit auctoritas? interponenda pure, a tutore, qui pupillo suo præsens est; expresse; in negotio præsente. An ab initio ad finem debeat tutor negotio præsens esse? Moribus sufficit tutoris ratihabitio. Quid juris, si auctoritas non rite sit interposita?*
2. *Non indiget pupillus auctoritate, si conditionem faciat meliorem. Quibus ex causis ipse sine tutoris auctoritate possit obligari aliis?*
3. *Necessaria auctoritas in contractibus utrimque obligatoriis. Quo sensu contractus utrimque obligatorius ob defectum auctoritatis dicatur claudicare? An pupillus alteri promittere aut juri suo renunciare possit sine tutore? An hereditatem adire, fideicommissi restitutionem admittere, legatum agnoscere, pignus accipere?*
4. *Si contraxerit pupillus sine tutoris auctoritate, naturaliter tamen obligatur; quæ naturalis obligatio etiam effectum sortitur respectu aliorum, pro pupillo obligandorum, non vero intuitu ipsius pupilli. Firmatur contractus sine tutore initus, si pupillus major factus illum ratum habuerit.*
5. *Recensentur casus, quibus præter auctoritatem tutoris insuper decreto opus est.*
6. *Enarratur, quando inutilis plane sit tutoris auctoritas; & in specie, quo sensu verum sit, tutorem non posse in rem suam auctorem fieri.*
7. *Regulariter sufficit auctoritas tutoris unius, licet plures dati sint, exceptis paucis casibus, qui recensentur. An & tutor honorarius auctor fieri possit? An, qui jam suspectus est postulatus? An si tutela inter plures tutores in partes vel regiones divisa sit, unus recte auctor fiat in iis, quæ alteri tutori demandata sunt?*
8. *An tutor invitus cogi possit, ut auctoritatem accommodet; & quid moribus?*
9. *Si pupillus infans sit, regulariter ipse nihil agit auctore tutore, sed tutor omnia pro pupillo, exceptis paucis casibus, etiam in hereditatis aditionem.*
10. *De auctoritate mariti in contractibus uxoris*, remiss.

1. Auctoritas est consensus de præsenti & probatio ejus quod agitur, *l. etiamsi* 3. *ff. h. t.* & quidem pure interpositus, licet accedere possit negotio, quod aliquam adjunctam habet conditionem, sic ut tunc pure probetur negotium sub conditione gestum, nec aliter quam existente conditione effectum sortiturum, *l. & si* 8. *ff. h. t.* Montanus *de tutelis cap.* 30. *n.* 37. *& seqq.* Sed & a tutore, qui pupillo præsens est; unde per epistolam aut nuncium interposita auctoritas nihil agit, §. *tutor* 2. *Instit. h. t. l. obligari* 9. §. *pen. l. non multum* 14. *ff. h. t.* licet verum sit, sufficere, quod tutor præsens pupillo cum absente per epistolam contrahenti auctor fiat, *d. l.* 9. §. *ult. ff. h. t.* Tertio expressus, id est, vel verbis, vel rebus ipsis & factis, veluti subscriptione, declaratus, arg. *l.* 1. §. *sed & si servi* 4. *ff. quod jussu.* Et quamvis parum referat, utrum pupillus ipse suum verbis exponat consensum in contrahendo, an tacendo consentiat, *l. impuberes* 15. *ff. h. t.* non tamen sola tutoris præsentia atque taciturnitas auctoritatem facit: quid enim, si invitus detineatur in loco, in quo pupillus contractum celebrat; aut somno morbove comitiali occupatus taceat? *l.* 1. §. *ult. ff. h. t.* aut quid, si ignoraverit, quale esset negotium, quod contrahebatur? Cum utique non multum interesse scripserit Julianus, utrum abfuerit tutor, an præsens ignoraverit quæ geruntur, *l. non multum* 14. *ff. h. t.* Denique in ipso negotio præsente, id est, dum illud geritur, sic ut interveniens post tempus negotii a pupillo gesti auctoritas nihil operetur, *d.* §. 2. *Instit. h. t. d. l.* 9. §. 5. *h. t. l. nunquam* 31. *pr. ff. de usurpat. & usuc.* Ut tam necesse non sit, tutorem negotio, quod a pupillo contrahitur ab initio ad finem usque præsentem esse; sed sufficiat, vel in fine, cum jam jam perficiendus est contractus, vel immediate post conclusum negotium antequam alius intervenerit actu extraneus, accedere ac comprobare quod actum est; cum hæc cohærere, & unico contextu fieri videantur, *l. si quis mihi* 25. §. *jussum* 4. *ff. de acquir. vel omit. hered.* Imo moribus hodiernis ratihabitio tutoris auctoritati comparata est, ac negotia a pupillo gesta retro firmat, Groenewegen *ad* §. 2. *Instit. h. t. n.* 2. Leeuwen *cens. for. par.* 2. *lib.* 1. *cap.* 17. *n.* 10. *in fine*, Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 2. *Instit. h. t. n. ult.* Cæterum utrum non interveniat auctoritas tutoris, an perperam adhibeatur, nulla differentia est, *l. nulla* 2. *ff. h. t.*

2. Ut tamen accuratius excutiatur auctoritatis ma-

teria, sciendum, in nonnullis casibus necessariam non esse tutoris auctoritatem, in plerisque necessariam esse ac sufficere, in quibusdam requiri insuper aliud quid ad negotii validitatem, denique inutilem subinde ac nullius momenti esse auctoritatem. Necessaria non est omnibus illis in causis, quibus pupillus meliorem suam facit conditionem, nec alteri se vicissim obligat, veluti si stipuletur ab alio, aut possessionem adipiscatur, *princ. Instit. h. t. l. obligari* 9. *pr. ff. h. t.* §. *pupillus* 9. *Instit. de inutil. stipulat. l.* 1. §. *furiosus* 3. *ff. de acquir. vel amit. possess. l. pupillus* 11. *ff. de acquir. rer. domin.* Quamvis & sine tutoris auctoritate nonnunquam ipse obligari possit, puta ex delictis, quoties pubertati proximus, adeoque doli capax est, *l. pupillum, qui* 111. *ff. de reg. juris*, §. *pen. Instit. de obligat. quæ ex delicto nasc. l. excipiuntur* 14. *ff. de Senatusc. Silan.* uti & ex plerisque quasi contractibus, in quibus ex re seu facto actio venit, *l. furiosus* 46. *ff. de obligat. & action.* ac generaliter omnibus ex causis eatenus, quatenus cum alterius detrimento locupletior factus est, sic ut eatenus efficax in eum actio detur, *l. pupillus* 5. §. *pupillus* 1. *ff. h. t. l. ait prætor* 3. §. *pupillus* 4. *ff. de negot. gestis*, *l. sed mihi* 3. *pr. ff. commodati*, junct. *leg. naturaliter* 13. *in fine leg.* 14. *ff. condict. indeb.*

3. Necessaria est tutoris auctoritas & sufficit ut plurimum omnibus iis in causis, quibus de pupillo obligando agitur, quibusque damnum ei facile ex ipsa actus natura inferri posset; quod in contractibus ultro citroque obligatoriis locum habet, *l. in negotiis* 5. *ff. de reg. juris*, *pr. Inst. h. t. l. neque* 2. *C. h. t. de auctorit. præst.* usque adeo, ut deficiente auctoritate contractus claudicaturus sit, & inde is quidem, qui cum pupillo ita contraxit, obligatus efficiatur ad id, ut stet contractui, quoties id pupillo videtur expedire; at viceversa pupillum non habeat sibi obligatum, sed is impune posset a contractu resilire, *l. Julianus* 13. §. *si quis a pupilla* 29. *ff. de act. emt. princ. Inst. h. t.* Plane, si pupillus ab adversario, quocum sine tutoris auctoritate contraxit, contractus illius implementum petat, ipsum quoque ex suo latere præstare ea, de quibus convenit, rationis est; præsertim, cum nullus adversarium suum urgere possit ad obligationem implendam, quamdiu non ipse prius ex suo latere satisfecit, ut dictum *t. de action. emti num. ult.* Sed & in stipulationibus aliisque negotiis ex uno tantum latere obligatoriis, aut aliter damnosis, tutoris auctoritas adhiberi debet, quoties inde pupillus alteri obligandus est, sicut & in omnibus juris renunciationibus atque remissionibus non ipsi pupillo, sed a pupillo faciendis, *d. pr. Inst. h. t. d.* §. *pupillus* 9. *Inst. de inutil. stipulat. l. pupillus* 59. *ff. de oblig. & act. l.* 1. §. *de pupillo* 2. *ff. de pecun. constit.* Quin imo illis etiam in casibus, quibus lucrum pupillo acquiri potest, tutoris auctoritas adhibenda est, ubi lucro vicissim quoque onus adhæret. Qua ratione sine tutore neque hereditatem, utcunque lucrosam, pupillus adire potest, neque bonorum possessionem petere, seu agnoscere, neque fideicommissum universale sibi restituendum suscipere; eo quod ita simul hereditariis oneribus, vires patrimonii quandoque superantibus, efficitur obnoxius, §. 1. *Inst. h. t. l. obligari* 9. §. *hereditatem* 3. *& seqq. l. si ad pupillum* 11. *ff. h. t.* arg. *l. si hereditatem* 32. *ff. mandati* §. *si quis une* 9. *Inst. de fideicommiss. hereditat.* Idemque est in agnitione legati aut fideicommissi singularis pupillo relicti, quoties testator pupillum rursus fideicommisso gravavit; sic ut propterea deliberandum veniat, utrum a pupillo legatum aut fideicommissum cum tali gravamine admittendum, an magis tanquam damnosum repudiandum sit, arg. *l. generaliter* 24. §. *si quis alienum* 12. *ff. de fideicommissar. libert.* junct. *l. si miles* 31. *ff. de testamento militis*, *l. quædam sunt* 15. *ff. de rebus dubiis.* Pignus quoque accipere sine tutoris auctoritate permissum non est, propter metum pignoratitiæ actionis, *l. pupillo* 38. *ff. pignorat. act.*

4. Etsi vero in hisce contractibus, aliisque similibus, ad quorum perfectionem tutoris auctoritas desideratur, pupillus sine ea non obligetur civiliter; naturalem tamen ex contractu vel facto pupilli obligationem produci, verius est, *l.* 1. §. 1. *in fine ff. de novation. l. si pupillus* 21. *pr. ff. ad leg. Falcid. l. cum illud* 25. §. 1. *ff. quando dies legat. cedat. l. in numerationibus* 44. *ff. de solution.* si modo pupillus sine tutore contrahens septennio major fuerit, adeoque potuerit aliquem, ut ut infirmum adhibere consensum, qui omnibus in contractibus necessarius est, arg. *l. in sponsalibus* 14. *ff. de sponsalibus.* Atque hinc est, quod pro pupillo, sine tutoris auctoritate obligato, valide fidejussor intervenit, *l. Stichum* 95. §. *naturalis* 4. *ff. de solution. l. si pupillus* 35. *ff. de receptis qui arbitr. recep. l. si pupillus* 127. *ff. de verbor. oblig.* & per promissionem pupilli sine tutoris auctoritate factam novatio prioris obligationis fieri potest, *l.* 1. §. 1. *in fine ff. de novation.* §. *præterea* 3. *Inst. quib. mod. oblig. toll.* Interim non dubitandum, quin ipsius pupilli intuitu hæc naturalis obligatio juris civilis effectibus destituta sit, quos alioquin in aliis sortiri solet; unde si pupillus id, quod sine tutoris auctoritate promiserat, solverit, condicere potest condictione indebiti; perinde ac si nec natura deberet, *l. quod pupillus* 41. *ff. de condict. indeb.* eoque sensu accipiendum, quod a Rufino traditum, *pupillum mutuam pecuniam accipiendo, ne quidem jure naturali obligari*, *l. pupillus* 59. *ff. de oblig. & act.* nec non ab Ulpiano, *pupillum sine tutoris auctoritate constituendo non obligari*, *l.* 1. §. *pupillo* 2. *ff. de constituta pecun.* atque etiam ab ipso Justiniano, *obligationem pupilli, sine tutoris auctoritate promittentis, nullam esse*, *d.* §. 3. *Inst. quib. mod. oblig. tollitur.* Si tamen major factus contractum sine tutoris auctoritate celebratum comprobaverit, civiliter incipiet obligatus esse, arg. *l. pupillus* 5. §. *item in fin. ff. h. t. tot. t. C. si major factus alienat. sine decreto factam rat. hab.*

5. Sunt & tertio casus, quibus tutoris auctoritas necessaria quidem est, sed non sufficit, verum insuper decretum requiritur; quod obtinet in immobilibus pupilli bonis alienandis, de quo est titulus *de reb. eor. qui sub. tut. vel cura sunt &c.* uti & in solutione pupillis facienda, §. *ult. in med. Inst. quib. alien. licet vel non*, nisi solvendæ sint usuræ annuive reditus, biennii metas et aureorum centum quantitatem haud excedentes, *l. sancimus* 25. *l. constitutionem* 27. *C. de admin. tutor.* Sic nec servum suum pupillus auctore tutore manumittere potuit, nisi insuper secundum legem Æliam Sentiam justa manumissionis causa apud consilium fuisset probata, *l. obligari* 9. §. *ex hoc* 1. *ff. h. t.* arg. *l. ult. ff. de curat. furioso & aliis extra minores dandis.*

6. Denique certis in causis inutilis & frustranea est tutoris auctoritas, nullosque potest per alterius requisiti accessionem effectus sortiri, aut confirmari. Non enim auctore tutore pupillus servo suo potuit peculium constituere, *l. licet tamen* 3. §. *Pedius* 3. *l. quam Tuberonis* 7. §. *& adjicit* 1. *ff. de peculio.* Nec rata est auctoritas, quoties tutor directo & principaliter in rem suam pupillo auctor fit, *l.* 1. *l. quod dicimus* 7. *ff. h. t.* veluti si pupillo lis cum tutore intercedat, vel a pupillo suo tutor stipuletur, aliumve cum eo contractum ineat, *l. pupillus* 5. *ff. h. t.* §. *ult. Inst. h. t. l.* 1. *& tot. t. C. de in litem dando tutore*, usque adeo, ut ne illis quidem auctore tutore pupillus obligetur, in quos tutor dominicam aut patriam potestatem habet, & ob id per eos sibi acquirit, *l.* 1. *pr.* versu *& cum quidam ff. h. t.* sed &, si pupillus heres fuerit institutus, & rogatus hereditatem tutori restituere, non rite perficiet auctoritate ejus talem restitutionem, *l.* 1. §. *fuit quaesitum* 13. *ff. ad Senatusc. Treb.* (licet diversum in minore obtineat, *d. l.* 1. §. 14.) multoque minus subsistet pupillo per tutorem, vel tutori per pupillum facta delegatio, *l. potest pupillus* 18. *ff. h. t.* Non tamen dubium, quin auctore contutore tutor sibi pupillum suum recte obliget, *l. pupillus* 5. §. *item* 5. *ff. h. t.* atque etiam cum pupillo litiget, *l. si plures* 24. *ff. de testam. tut.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 8. nisi pater & filius, in ejus potestate constitutus, simul tutelam administrent; quippe quo casu nec pater auctore filiofamilias, nec filiusf. auctore patre a pupillo stipulari potest; cum neuter possit in rem alterius auctor esse, *l. quod dicimus* 7. §. *ult. ff. h. t.* Quemadmodum etiam per consequentiam in rem suam auctor fieri prohibitus non est, dum tale probat negotium, quod pupillum primario concernit. Quo fundamento auctoritatem pupillo accommodare potest de adeunda hereditate, cum ipsi a defuncto legatum relictum esset, vel creditor esset hereditarius, utcunque ista ratione pupillum sibi incipiat ad aes alienum hereditarium aut legata solvenda devinctum habere, *l.* 1. *pr. l. quod dicimus* 7. *in pr. ff. h. t.*

7. Quod si plures ejusdem pupilli tutores fuerint, non omnium praecise requiritur auctoritas, sed vel unius sufficere potest, *l. etsi pluribus* 4. *l. pupillus* 5. *princip.* & §. *item* 2. *l. quod decimus* 7. §. *si duo* 1. *ff. h. t. l. fin. C. h. t. de auctorit. praest. l. consilio* 7. §. *ult. ff. de curat. furios. l.* 1. *C. si ex plurib. tut. vel curat. omnes vel unus agere &c.* Montanus *de tutelis cap.* 59. *n.* 94. *& seqq.* Ant. Faber *C. lib.* 7. *t.* 19. *defin.* 16. Berlichius *concl. pract. par.* 1. *conclus.* 16. *n.* 17. *& seqq.* nisi agatur de pupillo adrogando *d. l. fin. C. h. t.* vel testator duos tutores testamento constituens nominatim caverit, ne alter sine altero quicquam gereret, *l. Titium & Maevium* 47. *pr. ff. de admin. & peric. tut.* vel tutores reliqui vetent id fieri, cui tutor unus auctoritatem accommodat, *l. consilio* 7. §. *ult. ff. de curat. furios.* Nec refert, utrum auctor fiat tutor administrator, an vero honorarius, qui non administrat; cum & hujus solius auctoritas sufficiat, *l. quod si forte* 14. §. 1. *ff. de solut. l. pupillum* 49. *ff. de acq. vel omitt. hered.* Diversum foret, si tutori alicui administratio interdicta fuerit, pendente forte suspecti tutoris postulatione, vel si tutorem jam suspectum postulatum esse non ignoraverit, qui tali tutore auctore cum pupillo contraxit, licet tunc administratio necdum a praetore interim interdicta esset; quippe quorum auctoritas nullius momenti foret; *d. l.* 14. §. 1. *ff. de solution.* perinde ac si is, qui a tutela jam tanquam suspectus per sententiam judicis remotus fuit, auctor factus esset, *l. etsi* 4. *in fine ff. h. t.* Et de eo, cui administratio interdicta fuit, accipienda videntur verba priora *d. legis* 4. *ff. h. t.* Nisi quis ea intelligi velit de casu quo inter plures tutela ex decreto praetoris vel in partes vel in regiones divisa fuit, atque ita *administratio tutelae ei concessa non est*, ut habent verba *d. l.* 4. *ff. h. t.* posita enim tali divisione, quisque tantum respectu suae partis, nullus in parte alteri commissa auctor fit, *l. ult. C. h. t. l. si duo* 51. *ff. de admin. & peric. tut. l.* 1. §. *verbis* 2. *ff. quod falso tutore auctore*, arg. *l. tutores* 9. *ff. h. t. l. si plures* 3. §. *ult. l.* 4. *ff. de admin. & peric. tut.* Si tamen ita per partes aut regiones fuerit tutela divisa, aut duobus aut tribus rerum in una provincia sitarum administratio pro indiviso commissa sit, ac rursus duobus aliis aut pluribus provinciae alterius res demandata, veluti Titio & Maevio res Asiaticae, Lucio & Cajo res Africanae, sufficere poterit auctoritas tutoris unius ex pluribus, quibus istius regionis administratio obvenit; nisi forte lis pupillo movenda sit, quo casu omnibus illius provinciae tutoribus denunciatio quidem ex veteri judiciorum ordine fieri debuisse videtur, *ex l. ult. C. si ex plurib. tut. aut curat. omnes vel unus agere &c.* sed tamen & tunc ab uno ex pluribus causam minorum defendi potuisset, si caeteri defendere nollent, constitutum apparet in *l.* 1. *C. eod. l.* Berlichius *conclus. practic. par.* 1. *conclus.* 16. *n.* 17. *& seqq.*

8. Licet autem officii ratio tutorem obliget ad auctoritatem interponendam, quoties negotium gerendum utile pupillo est; tamen ad id invitus cogi nequit; cum per judicium tutelae satis pupillo prospectum Romani crediderint, ubi is ex auctoritate denegata laesus esset, *l. si tutor* 17. *ff. h. t.* Sed, cum iisdem Romanis justum visum fuerit, suspectum postulari tutorem illum, qui inconsiderate vel dolo abstinuit pupillum ab hereditate, adeoque noluit ei de illa admittenda auctor fieri, *l. tutor.* 3 §. *pen. ff. de suspect. tut.* hinc moribus hodiernis magis obtinuit, tutorem ad auctoritatem interponendam cogi posse, quoties evidens pupilli in negotio contrahendo utilitas apparet, Groenewegen *ad d. l.* 17. *ff. h. t.*

9. Caeterum, quae de tutorum auctoritate dicta hactenus, tunc locum habent, cum pupillus infante major est, adeoque aliquo, utcunque debili, pollet judicio, quod deinde per concurrentem tutoris auctoritatem suppletur. Si enim infans seu septennio minor sit, sic ut nullum omnino queat consensum adhibere, arg. *l. in sponsalibus* 14. *in fine ff. de sponsal.* non tam ipse auctore tutore negotia contrahit, quam potius tutor solus pro eo expendit, quaecunque ad ejus commodum spectare credit, exceptis quibusdam casibus, *l. quotiens* 9. *pr. ff. de admin. tut. leg. servo invito* 65. §. *si pupillo* 3. *in fine ff. ad Senatusc. Trebell.* arg. *l.* 1. §. *furiosum* 12. *& seqq. ff. de oblig. & act. l. quamvis* 32. §. *ult. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. in negotiis* 5. *ff. de reg. juris, l. pupillus* 9. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* usque adeo, ut in favorem infantis inductum fuerit, hereditatis aditionem pro eo per solum posse tutorem fieri, *l.*

si infanti 18. §. *parente* 2. *C. de jure deliber.* Montanus *de tutelis cap.* 30. *n.* 7. & *seqq.* cum alioquin aditio hereditatis actibus accenseatur legitimis, per tutorem, curatorem aliamve personam haud expediendis *leg. actus legitimi* 77. *ff. de reg. juris*, junct. *l. nemo alieno* 123. *ff. eod. tit. l. per curatorem* 90. *ff. de acquir. vel omit. hered.*

10. De auctoritate mariti in contractibus uxoris actum fuit in *tit. de ritu nupt. n.* 41. & *seqq.*

TITULUS IX.

Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possint.

SUMMARIA.

1. *Recensentur casus plures, quibus ex facto tutoris minor agere possit.*
2. *Enarratur, quibus in casibus pupillus conveniri possit ex facto tutoris. An & actione judicati, si tutor in pupillo defendendo succubuerit? Et quid, si tutor pro lite pupilli se obligaverit?*
3. *An ipse tutor durante administratione tutelæ conveniri possit ex facto suo, nomine pupilli interposito? An & deposito officio? Quid, si se pro pupillo obligaverit, & an in dubio præsumatur se pro pupillo obligasse? Quid, si dolum commiserit, & si ex suo dolo cœperit obligari, vel nomine pupilli contraxerit, cum sciret, eum solvendo non esse?*
4. *An pupillus ex dolo tutoris conveniri possit? & quid moribus?*
5. *An, & quo usque dolus Abbatis aut Prælati noceat monasterio vel ecclesiæ?* remiss.
6. *An tutor in dubio credendus sit magis suo proprio, an pupilli nomine contraxisse?*

1. QUamvis vulgo Romanis placuerit, ex alterius contractu alteri nec obligationem nec inde provenientem actionem quæri, *l. quo tutela* 73. §. *ult. ff. de reg. juris*, *l. stipulatio ista* 38. §. *alteri* 17. *ff. de verb. oblig.* §. *si quis alii* 4. §. *alteri* 19. *Instit. de inutil. stipulat.* & vice versa neminem alios, sed tantum semet ipsum, contrahendo obligare, *l. sicut reus* 65. *ff. de fidejussor. & mandatorib. l. stipulatio ista* 38. *pr. l. inter stipulantem* 83. *ff. de verb. oblig.* §. *si quis alium* 3. §. *vice versa* 21. *Instit. de inutil. stipulat.* tamen si tutor vel curator in re pupilli vel minoris, aut ejus nomine contraxerit, utilis quoque pupillo ex tali contractu certis in casibus actio competit, *l. ult. C. h. t.* Sic enim si tutor prædia ex pupillari pecunia comparaverit, eamve tertio dederit mutuam, utilis ipsi pupillo accommodatur prædiorum vindicatio, vel utilis ex mutuo certi condictio, sive suo sive pupilli nomine tutor id egerit, *l. si tutor* 2. *ff. h. t. l. etsi* 2. *C. h. t. l. e facto* 52. *in med. ff. de peculio l. quotiens* 9. *ff. de admin. & peric. tut.* Adde *tit. de rei vindicat. n.* 21. & *tit. de reb. cred. n.* 7. Sed & utili de constituta pecunia judicio & pupillus expediri potest, si debitor tutori pupilli constituerit, pupillo solvi, *l. eum, qui* 5. §. *si actori* 9. *ff. de const. pecun.* atque etiam judicati actione, si tutor vel actor ipsius nomine adversus alium egerit & victor evaserit, *l. tutor interposito* 6. *ff. h. t.* locati quoque, ubi tutor utiliter locavit prædia minorum, *l. pen. C. h. t.*

2. Quia vero rationi consentaneum est, eum, qui ex facto alterius emolumentum percipit, etiam incommodum sentire, arg. *l. secundum naturam* 10. *l. ex qua persona* 149. *ff. de reg. juris*, merito placuit, iisdem ex causis utilem ex facto tutoris actionem in pupillum dari iis, qui in re pupilli cum tutore contraxerunt. Proinde si tutor in rem pupilli mutuam pecuniam acceptam converterit in usum ejus, creditori nummorum in ipsum pupillum actio tributa fuit, *l. si in rem* 3. *C. h. t. l. orationis* 2. *C. de curat. furiosi*, *l. si tutoris* 2. *ff. quod jussu*, *l. pater pro filia* 20. §. 1. *ff. de in rem verso*, sicut & conductori actio conducti, si rem pupilli tutor locaverit; cum pupillus etiam post pubertatem stare debeat locationi per tutorem bona fide factæ, secundum ea quæ dicta in *t. locati n.* 17. *l. pen. C. h. t.* Quin &, si tutor, qui etiam pupilli coheres erat, cum conveniretur fideicommissi nomine, in solidum ipse caverit, in adultum utilem pro parte actionem dandam esse, responsum fuit, *l. ult. ff. h. t.* Executio quoque sententiæ, contra tutorem pro pupillo in judicio consistentem latæ, in bona pupilli dirigenda est, intentata adversus pupillum utili actione judicati, *l. pen. ff. h. t. l.* 1. *C. eod. l. si tutor* 2. *ff. de admin. & peric. tut. l. si se non* 4. §. *tutor* 1. *ff. de re judic. l.* 1. *C. quando fiscus vel privatus debitoris sui debitores convenire possit*, Jacobus Coren *observat.* 3. & *in notis*, Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 17. *n.* 13. *in med.* & *par.* 2. *lib.* 1. *cap.* 33. *n.* 27. nisi insuper se suo nomine tutor obligasset & liti obtulisset, arg. *d. l.* 2. *ff. de admin. tut. l. procurator, qui* 67. *ff. de procurat. l. si non subscripsisti* 15. *C. de admin. tut.* quod tamen in dubio non præsumitur, arg. *l. post mortem* 5. §. 1. *ff. h. t.* Leeuwen *d. n.* 13. *in pr.* post alios ibidem citatos: vel nisi justum actorem propria voluerit auctoritate per evidenter injustam exceptionem repellere; quo casu illud quidem debitum a tutore non exigitur, ad quod condemnatio facta est, cum pupillus vere debuerit; sed tantum impensarum improbe ac temere susceptæ litis persecutio sit, *l. non est ignotum* 6. *C. de admin. tut. l. quotiens* 9. §. *nec utique* 6. *ff. eod. t.*

3. Cæterum ex causis hactenus enumeratis durante etiamnum tutela sic pupillus ex facto tutoris convenitur, ut tamen adversus ipsum tutorem in administratione tutelæ adhuc perseverantem, directis possint actionibus experiri, qui cum eo contraxerunt. Postquam autem finita est tutela, transeunt in pupillum ipso jure actiones, quæ in tutorem competierant; sic ut non amplius pro pupillo post depositum administrationis officium conveniri queat; nisi tutor & hic in se transtulisset obligationem, aut fidem suam adstrinxisset, *l. post mortem* 5. *ff. h. t. l.* 1. *C. h. t. l. si non subscripsisti* 15. *l. cum quaedam* 26. *C. de admin. tut.* arg. *l.* 2. *l. curatores* 3. §. *in eum* 2. *ff. de admin. rer. ad civit. pertin.* Montanus *de tutelis cap.* 31. *effect.* 5. *n.* 2. & *seqq.* & *effectu* 6. *n.* 1. & *seqq.* Wesembecius *paratit. ff. h. t. n.* 3. Costalius *ad leg.* 61. *ff. de procur. n.* 20. & *seqq.* Parladorius *rerum quotid. lib.* 2. *cap. fin. quarta parte* §. 3. *pag. mihi* 361. And. Robertus *rer. judic. lib.* 4. *cap.* 14. *pag. mihi* 834. *in med.* Joh. Papon *libr.* 15. *t.* 5. *arrest.* 6. Berlichius *conclus. pract. par.* 1. *conclus.* 80. *n.* 49. Leeuwen *cens. for. par.* 2. *lib.* 1. *cap.* 33. *n.* 27. Adde *t. de instit. act.* Sed &, si tutor durante

tutela ex suo cœperit dolo obligari, eodem modo post finitam tutelam perdurabit ex dolo nata obligatio, & eo nomine in ipsum tutorem actio danda erit; cum dolus suo potissimum debeat auctori nocere, nec transferatur in pupillum post pubertatem hoc, quod dolo tutorum factum est, *l. Julianus* 13. §. *sed cum in facto* 7. *ff. de act. emti*, *l.* 1. §. *hoc edicto* 6. *ff. ne vis fiat ei, qui in possess. missus erit*, arg. *l. si quis iniquum* 3. §. *si procurator* 1. *ff. quod quisque juris in alterum*, *l. unic.* §. 2. *ff. si quis jus dicenti non obtem.* Denique, si tutor nomine pupilli contraxerit eo tempore, quo jam certus erat, pupillum solvendo non esse, rationis est, ut ipse propter suum dolum in subsidium teneatur ei, quocum contraxit, quatenus a pupillo servari nequit, Berlichius *decis.* 73.

4. In quæstione, an ex dolo tutoris etiam ipse pupillus conveniri possit, videndum, utrum extrinsecus dolum tutor admiserit, an in ipsa pupilli re. Nam si extrinsecus dolus factus sit, dum tutor in re propria versabatur ac rem suam suo nomine agebat, pupillo nihil nocere oportet, *l. at si extrinsecus* 4. *ff. h. t.* si vero in rebus atque negotiis pupillaribus, inquirendum ulterius, num ex fraude tutoris locupletior pupillus sit redditus, quo casu, ne ex alieno delicto vel dolo cum alterius jactura lucretur, eatenus adversus ipsum ex dolo tutoris actio danda, quatenus inde ad eum pervenit, *l. summa cum* 21. §. *si dolo* 1. *ff. de peculio*, *l. sed & ex dolo* 15. *ff. de dolo*, *l. apud Celsum* 4. §. *illa etiam* 23. *ff. de doli mali & met. except.* Qua ratione tributoria actione conveniendus erit, si per iniquam mercis peculiaris distributionem tutor pupilli rationibus dolo favit, *l. dolus* 3. *ff. h. t.* *l. sed si servus* 3. §. 1. *ff. de tribut. act.* Idemque in depositi actione dicendum, & in hereditatis petitione, si modo, quod tutoris dolo desiit, pupilli rationibus illatum probetur, *d. l.* 3. *in fine ff. h. t.* Quod si ex dolo tutoris ad pupillum nihil penitus pervenerit, si quidem solvendo non sit tutor, pupillus ex dolo ipsius conveniri nequit; si vero solvendo sit, sic ut rem a tutore pupillus servare possit, efficax ex dolo tutoris contra pupillum actio est, *l.* 1. §. *hoc edicto* 6. *ff. ne vis fiat ei qui in possess. missus erit*, *l.* 1. *ff. h. t.* Ut tamen semper conventus pupillus a judicio liberari possit, si actori actiones cedat, sibi adversus tutorem ad indemnitatem competentes, *l. ult. in med. ff. de admin. & peric. tut.* *l. sed si servus* 3. §. 1. *in fine ff. de tribut. act.* atque ita effectu inspecto vera manebit Javoleni sententia, *neque in interdictis, neque in ceteris causis, pupillo nocere oportere dolum tutoris, sive solvendo est, sive non est*, *l. neque in interdicto* 198. *ff. de reg. juris.* Adde Cujacium *lib.* 25. *observ.* 30. Duarenum *in comment. ad h. t. cap.* 8. Wissembach *ad d. l.* 198. *ff. de reg. juris.* Et hæc ita moribus etiam hodiernis observari, patet ex Hugo Grotio *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 8. *in fine*, & *lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 32. & *seqq.* qui & ibidem *n.* 34. monet, donationem ex rebus pupillaribus aut liquidi juris pupillaris remissionem a tutore factam pupillo haud nocere, tanquam quæ sine fraude non sit.

5. An, & quo usque dolus & delictum Abbatis, Prælati & similium noceat monasterio vel ecclesiæ, vide apud Molinæum *ad consuet. Paris. tit.* des fiefs §. 43. *glos.* 1. in verbo, qui denie le fief *n.* 58. & *seqq.* Rosenthal *de feudis cap.* 10. *concl.* 3. Respons. Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 172.

6. In dubio autem tutor non suo, sed pupilli nomine præsumitur contraxisse, quoties circa rem pupilli contraxit, licet id in contractu expressum non sit; maxime, ubi is, quocum contrahit, non ignorat qualitatem ejus. Diversum esset, si in rebus, quæ æque ad tutorem, ac ad pupillum spectare possent, contraxerit, veluti si mutuos dederit nummos, aut prædia comparaverit, cum & propriam & pupillarem haberet pecuniam, nec ullam expresserit tutoriam qualitatem, tunc enim sibi potius, quam pupillo rem gessisse credendus esset. Confer Montanum *de tutelis cap.* 31. *effectu* 4. *n.* 9. Mascardum *de probat. conclus.* 38. *actus quod præsumitur nomine proprio gestus*, Carpzovium *defin. fort. par.* 2. *constit.* 22. *defin.* 38. Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 1. *cap.* 17. *num.* 12.

TITULUS X.

De suspectis tutoribus & curatoribus.

SUMMARIA.

1. *Quo sensu suspecti* crimen *dicatur descendere ex l.* 12. tab? *Quid sit tutor suspectus? Quid quasi suspectus, & quibus ex causis quasi suspectus habeatur?*
2. *Recensentur causæ, ex quibus quis vere suspectus est & removetur. Sola paupertas tutoris eum suspectum non facit, nec ob id removendus, sed ei alius adjungendus, si cavere nequeat. Qui dives est, & cautionem offert; non ideo minus suspectus est.*
3. *Quales tutores suspecti postulari possint? An & legitimi? An parentes & patroni? Quo modo famæ legitimorum suspectorum consulatur per prætorem?*
4. *Qui possint suspectos tutores postulare? An & mulieres, servi, pupilli, minores, contutores? An nemine accusante prætor possit suspectum removere?*
5. *Postulatio hæc durante, non finita tutela, fieri debet. Quid, si tutela non finita, sed administrationis intervalla habeat?*
6. *Qui possint removere suspectos tutores? An remotio sit ordinariæ an legitimæ jurisdictionis? Et quid moribus?*
7. *Suspectis postulatis interim adimitur administratio. An & jure hodierno? convicti removentur cum infamia, si ob dolum aut latam culpam removendi sint. An ob levem culpam removeri potuerint? Quibus modis & pœnis aliis suspecti coercendi sint?*
8. *Adhuc hodie suspecti postulatio usum habet, sed mitius agitur cum removendis, nec facile infamia aut corporali pœna afficiuntur.*

1. CUm consultius videretur, illis, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, & ab aliis reguntur, intacta jura conservari, quam post causam vulnerata remedia quæri, *l. ult. in fine C. in quib. caus. in integr. restit. necess. non est*; hinc & a tutela ac cura removendi fuerunt, qui vel suspecti vel quasi suspecti erant, quod jam olim ex lege duodecim tabularum inductum fuit; sic ut ob

id suspecti *crimen* dicatur ex lege duodecim tabularum descendere, *pr. Inst. h. t.* quo *criminis* vocabulo accusatio criminis denotata fuit, quemadmodum aliis pluribus in legibus eo sensu *crimen* pro criminis accusatione invenitur. Vide *l. si cui crimen* 7. §. 1. *ff. de accusat. l. nullum crimen* 109. *ff. de reg. juris, l. propter veneni* 21. *ff. ad Senatusc. Silan. l. qui, cum major* 14. §. *ult. ff. de bonis libertor.* Suspectus dicitur, qui non ex fide tutelam gerit. Quasi suspectus, qui non ex fide tutelam gesturus præsumitur, §. *suspectus* 5. *Inst. h. t.* seu, qui, antequam incipiat tutelam gerere, moribus talis est, ut ei tutela non videatur committenda esse, *d.* §. 5. adeoque, quod ab Ulpiano scriptum est, *eos, qui nihil gesserunt, non posse suspectos postulari, l. hæ enim* 4. §. *ult. ff. h. t.* non excludit remotionem eorumdem, ut quasi suspectorum. Quamvis inficias haud videatur eundum, quin, uti sæpe in jure nostro ususfructus & possessio simpliciter proponitur, cum tamen re ipsa tantum quasi usufructus & quasi possessio sit; ita quoque in hac materia dicatur removeri simpliciter ut suspectus, qui necdum quicquam gessit, adeoque magis quasi suspectus est. Qua ratione rescriptum ab Alexandro Imp. in *l. prætes* 3. *C. h. t.* tutores strictioribus remediis adhibitis omnimodo administrationis officium compellendos agnoscere; quod si in eadem contumacia perseveraverint, suspectus postulari posse, ut alii in locum eorum petantur. Et in hanc sententiam ab ipso quoque Ulpiano traditum, eum, qui tutor datus non comparet, solere edictis evocari, novissimeque, si copiam sui non fecerit, ut suspectum removeri, *l. impuberibus* 7. §. *ult. ff. h. t.* sicut ex adverso ut *quasi suspectum* removendum scripsit Ulpianus eum, qui jam gesserat quidem tutelam, verum non fraudem, sed tantum latam negligentiam admiserat, *d. l.* 7. §. *si fraus* 1. *ff. h. t.* Præcipue vero ut quasi suspectus videtur removendus, qui cum duas aut tres eodem tempore delatas sibi tutelas haberet, ac unam earum non gereret ex fide, & ob id ab ea ut vere suspectus remotus esset, a secunda quoque & tertia depellitur; licet necdum in hisce fraudem fecerit, sive necdum administrationi secundæ tertiæque sese immiscuerit, sive eas jam gerere inceperit: in quantum præsumtum est, eum, qui in prima male versatus fuit, in cæteris quoque male versaturum esse, *l. tutor quoque* 3. §. *si autem ff. h. t.* ac in universum semel malum probatum in eodem mali genere semper in posterum malum futurum, arg. *l. si cui crimen* 7. §. *si tamen* 3. *ff. de accusation. l. non omnes* 5. §. *a barbaris* 6. *ff. de re militari, novell.* 72. *in præfat. in fine, cap. semel malus* 8. *de reg. jur. in* 6.

2. Quæ vero sint justæ causæ, propter quas tutor ut vere suspectus removeri possit, maxime ex providi atque circumspecti judicis arbitrio dependet: etenim generaliter, si quæ justa causa prætorem moverit, cur non debeat in ea tutela tutor versari, rejicere eum debebit, *l. tutor quoque* 3. §. *si tutor inimicus* 12. *ff. h. t.* Eas ad sexdecim capita reduxit Montanus *de tutelis cap.* 36. *regula* 1. *n.* 3. & *seqq. ad finem*, puta, si tutor fuerit aut fiat inimicus patris pupilli, *l. tutor quoque* 3. §. *si tutor* 12. *ff. h. t.* arg. *l. in confirmando* 8, *in fine ff. de confirm. tut.* Si quæ post testatoris obitum emergat in tutore ante celata vel ignorata morum improbitas, arg. *d. l.* 8. *ff. de confirm. tut.* Si tutor sua per prodigalitatem incipiat dilapidare, & quasi furiosum rerum suarum exitum facere, sic ut ipso alieno videatur auxilio regendus, arg. *l. ult.* §. *sic autem* 6. *in fine ff. de bon. eor. qui ante sent. mortem sibi consciv.* junct. *l. his qui* 12. §. *ult. in fine ff. de tut. & curat. dat. ab his qui jus dandi.* Si inconsiderate vel dolo fecerit pupillum abstinere ab hereditate, *l. tutor quoque* 3. §. *pen. ff. h. t.* Si data pecunia improbe tutelam redemerit, aut alia ratione eandem affectaverit, eique semet ingesserit, §. *sed si quis præsens* 10. *Inst. h. t. d. l.* 3. §. *sed si non* 15. *in fine ff. h. t. l.* 1. §. *solent* 7. *ff. de offic. præf. urbi, l. scire* 21. §. *ult. ff. de tut. & curat. dat. ab his.* Si non confecerit repertorium, *l. ult.* §. 1. *C. arbitr. tutelæ, l. tutor qui repertorium* 7. *ff. de admin. & peric. tut.* Si in tutela grassatus sit, aut sordide egerit, aut perniciose pupillo, vel aliquid interceperit ex rebus pupillaribus, cum jam tutor esset, *d. l.* 3. *nunc videamus* 5. *ff. h. t.* Si fraudulenter res pupillares sine decreto distraxerit, *d. l.* 3. §. *Severus* 13. *ff. h. t.* Si latitans sui copiam non fecerit, quo minus alimenta pupillo decernantur, *si quis tutor* §. 9. *Inst. h. t. d. l. tutor* 3. §. *tutor.* 14. *l. impuberibus* 7. §. *præterea* 2. *ff. h. t.* Si noluerit cum suo contutore administrationem communicare, *l. actus sui* 19. *ff. de admin. & peric. tut.* Si cum esset tutor datus, non compareat, ac edictis publice citatus ne sic quidem sui copiam faciat, *l impuberibus* 7. §. *ult. ff. h. t. l. curatores* 2. *l.* 3. *C. h. t.* Denique suspectum tutorem Ulpianus merito putavit omnem eum, qui moribus talis est, ut suspectus sit. Enimvero tutor, quamvis pauper sit, fidelis tamen & diligens, removendus non est quasi suspectus, *l. suspectum* 8. *ff. h. t.* §. *ult. Inst. h. t. in fine*, cum per satisdationem datis fidejussoribus factæ in omnem eventum indemnitati pupillorum satis consulatur adversus periculum; quod a tutore fideli ac diligente non magnopere pupillis metuendum est. Quin imo, etiamsi fidejussores idoneos invenire non potuerit tutor paupertinus, nonnunquam tamen causa cognita perseverabit in tutela, adjuncto ei idoneo facultatibus curatore, *l. pietatis* 6. *C. h. t. l. testamento datos* 17. §. 1. *ff. de testam. tut.* Groenewegen *ad* §. *ult. Inst. h. t.* Ut proinde non iisdem modis tutor suspectus, quibus suspectus heres, æstimetur, si quidem tutorem non facultates, sed fraudulenta in rebus pupillaribus, sed callida conversatio suspectum commendet, heredem vero solæ facultates, auctore Ulpiano in *l. si creditores* 31. §. *sed suspectus* 1. *ff. de rebus auctorit. jud. possid.* Cujacius *lib.* 18. *observ.* 39. Montanus *de tutelis cap.* 36. *regula* 2. Quemadmodum ex adverso tutor fraudulenter administrans non ideo minus suspectus habetur, quod opulentus sit, atque etiam idoneam offerat satisdationem; quia neque satisdatio neque divitiæ malevolum mutant tutoris propositum, sed diutius grassandi in re familiari facultatem præstant, & expedit pupillo rem salvam potius habere, quam tabulas cautionis rem salvam pupillo fore, *l. suspecta fieri* 5. *l.* 6. *ff. h. t. l. testamento datos* 17. §. 1. *ff. de testam. tut.* §. *novissime* 11. *Inst. h. t.*

3. Non multum autem interest, quantum ad suspecti postulationem aut remotionem, quales tutores sint. Sive enim a testatore, sive a lege, sive a magistratu, dati sint, suspecti postulari possunt; ac ne parens

quidem aut patronus excipitur, quando liberorum aut libertorum suorum tutores sunt; modo famæ eorum parcatur, dum vel non exprimitur causa remotionis, vel prætor sua non removet sententia, sed tantum *genere* prohibet, §. *ostendimus* 2. *Inst. h. t. l.* 1. §. *ostendimus* 5. *ff. h. t.* junct. *l. hæ enim* 4. §. 2. & 3. *ff. h. t.* Ut tamen etiam in legitimis tutoribus, aliisque, quibus aliquod intercedit cum pupillo vinculum cognationis aut affinitatis rectius facturus sit prætor, si honori eorum consulat, adjuncto idoneo curatore, quam si eosdem cum notata fide & existimatione repellat, *l. si tutor aliquo* 9. *ff. h. t.* qui enim fraudulenter quidem in tutela versatur, sed ob fraudem non removetur, verum adjunctum sibi curatorem habet, famosus non est, quia non est abire tutela jussus, *l. tutor quoque* 3. §. *ult. ff. h. t.*

4. Suspectum quilibet postulare possunt, cum quasi publica hæc accusatio sit, atque ipsæ etiam fœminæ, non modo si necessitudinis aut affectionis vinculo peculiari pupillo junctæ sint, veluti mater, avia, soror, & nutrix; sed & aliæ extraneæ, quas prætor propensa pietate intellexerit; sexus sui verecundiam non egredientes, sed pietate productas, injuriam pupillorum non sustinere, §. *consequens* 3. *Instit. h. t. l.* 1. §. *consequens* 6. 7. *ff. h. t.* Libertus tamen patronum tutorem nequit suspectum postulare *leg. tutor quoque* 3. §. 1. *ff. h. t.* nec pupillus ipse admittitur, ac ne contutore quidem auctore; sed minor omnino ex consilio necessariorum, §. *impuberes* 4. *Instit. h. t. l. impuberibus* 7. *pr. ff. h. t.* Nec adversatur *l. eum, quem* 7. *C. h. t.* cum ibi vel delenda sit vox *tuarum*, quæ non in omnibus exemplaribus occurrit; vel lex de tutela sexus intelligi debeat. Plane contutor contutorem suspectum mature postulare debet, si nolit ipse in subsidium teneri, *l.* 1. *Cod. de peric. tut. l. actus sui* 19. *l. tutores* 39. §. *tutor* 16. *ff. de admin. & peric. tutor. l. suspectus fieri* 5. *ff. h. t. l. ult. ff. rem pupilli vel adolesc. salvam fore.* Nemine vero accusante, servus pupillaris, fraudem tutoris detegens, a prætore audiendus est, *l. ult. ff. h. t.* Denique etiam favore pupillorum obtinuit, accusatore deficiente, prætorem posse tutorem repellere, si ipsi liqueat ex apertissimis rerum argumentis suspectum esse, *l. tutor* 3. §. *præterea* 4. *ff. h. t.*

5. Intentanda postulatio suspecti tutoris durante tutela, non item ea finita; cum hæc ipsa accusatio non ad alium tendat primario, quam ut a tutela removeatur tutor, & ejus intuitu tutela finiatur, *l.* 1. *C. h. t.* §. *sed si suspecti* 8. *Inst. h. t. l. pen. ff. h. t.* Et generaliter quoties ita tutela finita est, ut vel directa, vel saltem utilis actio tutelæ adversus tutorem dari possit, cessare hanc snspecti tutoris postulationem, Ulpianus variis propositis factorum speciebus latius executus est; veluti si tutor in tutela peccaverit, & cura ei confirmata sit; vel si ad certum tempus aut certam conditionem datus existente die vel conditione desierit tutor esse, ac mox ei ejusdem pupilli tutela ulterior demandetur, *l. tutor* 3. §. *quæri potest* 6. 7. 10. *ff. h. t.* Quod si tutela non finita sit, sed tantum administrationis intervalla habeat, adhuc postulationi suspecti locus est, *d. l.* 13. §. *quod si quis* 8. *ff. h. t.*

6. Cæterum uti datio tutoris, & remotio ejus non ordinariæ sed legitimæ jurisdictionis est, adeoque non ab aliis fit, quam quibus id lege datum; quales sunt prætores, præsides proconsules ac legati proconsulum, postquam iis a proconsule jurisdictio mandata fuit, §. 1. *Inst. h. t. l.* 1. §. *damus* 3. 4. *ff. h. t.* Sicut enim de datione tutoris Ulpianus dixerat, *jus dandi tutores omnibus datum esse magistratibus municipalibus &c. l. jus dandi* 3. *ff. de tut. & curat. dat. ab his qui jus dandi*; ita quoque de remotione traditum ab Imperatore, ipsoque Ulpiano, *datum esse jus removendi tutores suspectos Romæ prætori &c.* §. 1. *Inst. h. t. l.* 1. §. *damus* 3. *ff. h. t.* Unde & in *l. f.* §. *suspecti* 11. *ff. ad Senatusc. Turpill.* scriptum fuit, *nullum alium quam præsidem de suspecti tutoris quæstione pronunciare posse*; idque ad exclusionem magistratuum municipalium, quibus tutoris quidem dandi, at non removendi potestas a lege concessa fuit: licet propter utilitatem pupillorum suspecti tutoris cognitio jure singulari potuerit alteri demandari, *leg. cognitio* 4. *ff. de offic. ejus cui mand. est jurisd. l.* 4. §. *an autem* 4. *ff. h. t.* cum alioquin ne cognitio quidem eorum, quæ ad legitimam pertinent jurisdictionem demandari potuerit, ubi id non speciatim lege vel constitutione expressum apparet, arg. *l. solent* 7. *ff. de offic. procons. & legati.* Sed hodierno jure omnibus, quibus jus creandi tutores competit, etiam eorundem removendorum potestas est, sic ut nunc etiam remotio jurisdictioni ordinariæ adscribenda videatur, Groenewegen *ad* §. 1. *Inst. h. t.* Parens p. m. Paulus Voet *ad d.* §. 1. *n.* 3. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *c.* 17. *n.* 15.

7. Effectus accusationis suspecti tutoris est, quod pendente ea tutori interim administratio adimitur, §. *si quis autem* 7. *Inst. h. t. l. eum, quem* 7. *C. h. t. l. quod si forte* 14. §. *sunt quidam* 1. *ff. de solution.* Quod tamen nunc non aliter fieri solitum, quam si protinus ex variis circumstantiis graves adversus bonam fidem tutorum præsumptiones militent, Groenewegen *ad* §. 7. *Inst. h. t.* Sed si probentur ea, quæ tutorem de jure suspectum reddunt, in universum a tutela removendus est, sine infamia quidem, si ob levem culpam a tutela depellatur; cum infamia vero, si ob dolum vel latam culpam, & causa remotionis in sententia expressa fuerit, *l. hæ enim* 4. §. *quid ergo* 2. *ff. h. t.* idque secundum ea, quæ *in tit. de his qui not. infam. n.* 2. disputata sunt. Et quod a nonnullis asseritur, tutores ob levem culpam haud fuisse remotos, sed tantum ob dolum vel latam culpam, adeoque per *culpam* propositam *in* §. *suspectus* 6. *Inst. h. t.* non nisi latam potuisse videri designatam, gratis subsumitur; sed nulla lege evincitur. Et certe tutores ob negligentiam, segnitiem, rusticitatem, inertiam, simplicitatem, ineptiam removeri potuisse, patet ex *l. ult. C. h. t. l. tutor quoque* 3. §. *ult. l.* 4. *ff. h. t.* rusticitatem vero & segnitiem, ineptiam ac simplicitatem præcise latæ velle adscribere culpæ, ineptum est; cum & in levi, imo etiam levissima culpa segnities, negligentia, atque inertia deprehendatur; eoque respicit Jurisconsultus, quando ait, magnam negligentiam culpam esse, magnam culpam dolum esse, *leg. magna* 26. *ff. de verb. signif.* quo modo etiam, cum Ulpianus dixisset, *dolum malum* duntaxat exigi in mensore, ut teneatur ob falsum modum renunciatum, quasi *satis abundeque coerceatur, si dolus malus solus coerceatur illius hominis, qui civiliter obligatus non est:* mox subjungit, *proinde si imperite versatus est, sibi imputare debet, qui illum adhibuit; sed & si negli-*

genter, æque securus erit. Lata culpa plane dolo comparabitur, l. 1. §. 1. ff. si mensor falsum modum. Porro huic existimationis privationi quandoque variis ex causis corporalis coercitio a præfecto urbi adjungebatur, ubi insignitior fraus atque malitia tutoris apparebat; cujus species plures seu exempla occurrunt in §. si quis tutor 9. 10. 11. Inst. h. t. l. 1. §. solent 7. ff. de offic. præfect. urbi, l. tutor quoque 3. §. sed si non 15. & §. 16. ff. h. t. Quemadmodum etiam ei auferendum fuit id omne, quod ei contemplatione tutelæ administrandæ legatum est, l. quid autem si 35. in fine ff. de excus. tut. arg. l. Mævia nepotem 13. ff. de annuis legatis. Ex quo autem remotus fuit, periculum futuri temporis haud sustinet; cum iniquum videatur a tutela quidem vel cura removeri, in futurum autem non esse securum, l. decreto 10. ff. h. t.

8. Tametsi vero Bachovius ad Wessembecium h. t. in fine censet, abolitam moribus esse suspecti accusationem, quia singulis annis durante adhuc tutela magistratus potest a tutoribus exigere rationum redditionem; verius tamen, eam non in universum sublatam esse, ut rectius traditum a Struvio ad Pand. exercit. 31. num. 55. in fine, ac constat ex variis, quæ supra de moribus hodiernis dicta sunt. Et certe, cum tutelæ actio tantum tendat ad rationum redditionem, ac similia, neutiquam vero ad remotionem a tutela, atque interim propter sinistros tutorum mores fraudesque sæpe expediat pupillis, ipsos removeri, aliosque iis substitui; consequens est, ut etiamnum hac actione petendam dicamus suspecti tutoris remotionem; utcunque inficias eundum non sit, mitius hodie cum iis agi, qui tanquam suspecti removendi sunt, in quantum remotos ob dolum latamve culpam infamia non comitatur, nisi removeantur ob tale delictum, quod & ex moribus infamans est. Vinnius, Groenewegen, Paulus Voet ad §. 6. Instit. h. t. num. ult. ac difficilius pœnæ corporalis coercitio locum habet, licet insignior fraus ab illis facta sit.

LIBER VIGESIMUS SEPTIMUS.

TITULUS PRIMUS.

De excusationibus.

SUMMARIA.

1. *Tutor nec affectare potest tutelam, nec declinare potest sponte delatam, nisi justam excusationis causam habeat. An hoc ipso, quo a ceteris muneribus publicis vacationem habet, etiam a tutela vacat?*
2. *Tutore se excusare volente, citandi sunt propinqui pupilli, vel curator ei dandus, ut contradicant. An excusatio per libellum fieri possit? Tempus quinquaginta dierum ad proponendas causas excusationis habet quidem locum, si quis a tutela suscipienda se velit excusare; at non, si a jam suscepta liberari velit.*
3. *Tempus hoc quinquaginta dierum continuum est; non currit ignoranti. Recensentur plures casus, quibus nec scienti currit, dum aliquid dationi deest. Quid juris, si datus moretur ultra centesimum lapidem? Sufficit qualis qualis scientia. An in dubio tutor datus præsumatur scivisse, an ignorasse?*
4. *Allegata excusationis causa per tutorem intra menses quatuor probandæ, & si rejectæ, tum demum appellandum, non ante.*
5. *Pendente lite super excusatione, an tutor interim debeat administrare? Si succubuerit se volens excusare, medii temporis periculum ad eum pertinet. Quid, si ex falsis allegationibus, aut veris, sed non sufficientibus excusatus sit?*
6. *Improprie se dicuntur excusare, qui ne quidem possunt tutores esse. An libertus vel alius, qui patri pupillorum promisit, se tutelam gesturum, excusare se possit? An, & quando tutor se excusans perdat legatum, sibi a patre pupilli datum? An legitimi tutores spem successionis habentes, se possint excusare?*
7. *Recensentur causæ excusationis, quæ & a suscipienda & a suscepta tutela liberant; ubi de mutatione domicilii facta ex rescripto Principis, lite, quam tutor pro pupillo contra conjunctam sibi personam movere deberet, lite inter tutorem & pupillum, paupertate, adversa valetudine & vitio corporis, ætate 70. annorum, patritiatus dignitate, munere silentiariorum in aula Principis, mutatione ordinis plebeji in senatorium, absentia reipublicæ causa, aut propter relegationem. Interest tamen in quibusdam inter tutelam suscipiendam & susceptam respectu absentium.*
8. *Enarrantur causæ tantum a suscipienda, non item a suscepta excusantes; ubi de imperitis litterarum, athletis, veteranis, res fisci vel Principis procurantibus, tributorum exactoribus, annonæ aut vigilibus præpositis, mensoribus frumentariis, vectigalium conductoribus, magistratibus; & an magistratus municipales excusentur? item de onere trium tutelarum, de artibus liberalibus grammaticæ, rhetoricæ, & medicinæ, de philosophis, concionatoribus, numero liberorum, inimicitiis capitalibus & non capitalibus.*
9. *Excusatio a parte tutelæ tribuitur ob nimis diffusum pupilli patrimonium.*
10. *Ob disparitatem conditionis personarum aliquando excusatio data fuit; ubi de senatoribus & plebejis, ingenuis & libertinis, inquilinis castrorum, Iliensibus, naviculariis, & similibus, respectu pupillorum, qui non ejusdem castri, non Ilienses, aut non naviculariorum filii sunt.*
11. *Qui habens justam causam, se non excusavit ab una tutela, tamen ab alia se potest excusare, uti & a suscepta propter causam postea natam.*
12. *Recensentur causæ plures dubiæ, sed per lege*

enunciata non sufficientes; ubi inter alia de variis artibus liberalibus, de jurisconsultis, de pluribus causis concurrentibus imperfectis. Quomodo vocantur tutores ad administrationem, si se e cusare nequeant? Hodie causæ excusationis fere arbitrariæ sunt. An de causis excusationis cognoscat camera pupillaris, si testamento exclusa sit?

1. TUtelam muneribus publicis accenseri, & inter onera magis, quam honores numerari, superiori libro dictum fuit, quam uti nemo affectare sive se ingerere debet, secundum ea, quæ traduntur a Montano *de tutelis cap.* 26. *num.* 53. *& seqq.* ne sinistra adversus eum nascatur præsumtio, fore, ut occasionem grassandi in bonis pupillorum captaturus sit, cum nemo credatur onus appetere, nisi lucrum inde speret; ita quoque, si ea legitime delata fuerit, nemo ejus administrationem recte recusaverit, nisi justas habuerit excusationis causas declinando tutelæ oneri sufficientes, *pr. Instit. h. t.* Neque enim existimandum est, eum, cui simpliciter civilium & publicorum munerum immunitas indulta est, etiam protinus a tutela vel cura vacationem habere; sed requiritur, ut doceat, sibi nominatim a tutela excusationem datam esse, *l. spadonem* 15. *§. qui accepit* 12. *l. non tantum* 17. *§. non omnia* 3. *ff. h. t.* Unde & aliquando in legibus expresse fit mentio vacationis a tutela, licet a muneribus vacatio jam esset præmissa, *l. in honoribus* 8. *§. non alios* 1. *l. legato* 12. *§.* 1. *ff. de vacat. & excusat. munerum*, Montanus *de tutelis cap.* 35. *regul.* 1. *num.* 2. 3. 4. Wissenbac *ad Pand. vol.* 1. *disput.* 52. *num.* 3. *in med.*

2. Est autem excusatio justæ causæ allegatio, qua quis tutelæ vel curæ onus deprecatur, sive in totum, sive pro parte, *l. propter* 21. *§. licet* 2. *ff. h. t. leg. si curatores* 2. *testamento* 11. *C. h. t.* proponenda apud eum, ad quem tutelares controversiæ spectant; quæ ipsa justarum causarum propositio etiam *professio & contestatio* dicitur, *leg. scire* 13. *§. oportet* 10. *l. quinquaginta* 38. *ff. h. t. l. quinquaginta* 6. *C. h. t.* Eumque in finem citandi pupillorum propinqui aut ipsi minores, ad audiendam, & si possint, impugnandam atque refellendam tutoris excusationem, arg. *l.* 1. *C. si tutor vel curator falsis allegat. excusatus sit, l. verum vel* 11. *§. ex facto* 2. *ff. de minor.* 25. *annis*, vel saltem curator pupillis dandus, ad causæ hujus disceptationem, arg. *§. ult. Instit. de auctor. tutor. §. pen. Instit. de curatorib.* Ut tamen per libellum non recte fiat excusatio, cum constet, ea, quæ causæ cognitionem desiderant, per libellum expediri non posse, *l. excusare* 25. *ff. h. t.* junct. *l. omnia* 71. *ff. de reg. juris*, *l. nec quicquam* 9. *§. ubi* 1. *ff. de offic. pro cons. & legati.* Quod autem a Modestino in *l. scire* 13. *§. oportet* 10. *ff. h. t.* scriptum est, excusantem *etiam posse libellos dare*, id vel accipiendum de libello excusationis tantum contestandæ gratia proposito, ut videlicet præscriptio quinquaginta dierum summoveatur; non, ut fiat de excusatione disceptatio; cum in *d. §.* 10. tantum de excusationis contestatione, non probatione agatur. Vel secundo libello dari possunt, non ad proponendam a tutela excusationem, sed ad allegandam ustam absentiæ causam, cur intra quinquaginta dies tutor non veniat, ut se excuset secundum ea, quæ occurrunt in eadem *l.* 13. *§. si enim* 7. *ff. h. t.* Ad de Cujacium *ad d. l.* 13. *§.* 10. *ff. h. t.* Donellum *lib.* 3. *comment. cap.* 9. vers. *locus inducendæ*. Etenim definita per leges tempora sunt, quæ si quis in proponendis justis excusationum causis haud observaverit, iisdem elapsis regulariter audiendus non est: ne alioquin, si passim sine temporis præfinitione, prout cuique libuerit, permissum foret se excusare, facile deficiant, qui munera necessaria obeant, *l.* 1. *pr. ff. de vacat. & excus. munerum.* Neque tamen illud spatium quinquaginta dierum excusationibus contestandis præscriptum juxta *d. l. quinquaginta* 38. *ff. h. t. §. qui autem* 10. *Instit. h. t.* in omnibus excusationum causis promiscue locum habet. Aut enim eæ tales sunt, quæ demum post tutelam jam susceptam supervenerunt, ac per quas proinde tutor a tutela jam suscepta liberari desiderat; eoque casu nullo temporis lapsu præcludenda videtur justæ excusationis causæ allegandæ licentia; eo quod ob dilatam in tempus longius propositionem excusationis pupillus non indefensus aut tutore destitutus est, cum tam diu ad administrandum obligatus & periculo tutelæ obnoxius maneat, qui se sic excusare potest, ac de omissis teneatur, donec apud prætorem aliumve, cui ejus rei notio est, sese excusaverit, & cum effectu impetraverit a tutela liberationem. Aut e converso de tutore ex justis causis a tutela suscipienda excusando quæstio est; atque tunc omnino tempus illud quinquaginta dierum observandum est; ne alioquin pupillus, nimis diu tutore carens, de morum corruptione ac patrimonii jactura periclitetur. Quod neque adeo verum, ut, si is, qui in suspicienda tutela sese a rerum provincialium administratione excusare potuerat, intra quinquagesimam diem id postulare neglexerit, excusatio temporis præscriptione submota sit, *l. testamento* 11. *C. h. t.* &, si quasi re adhuc integra excusationem impetraverit, non ideo magis periculum cessationis in administratione evitaturus sit, *l. tutores* 2. *C. si tutor vel curat. falsis alleg. excus.* Quo tamen casu præses provinciæ æstimare debebit, an non ei, quem administrationi insufficientem deprehenderit, curatores aliquos adjungi oporteat *d. l.* 11. *C. h. t.*

3. Cæterum tempus hoc quinquaginta dierum, uni vel pluribus causis simul aut successive proponendis constitutum, continuum est, *d. §.* 16. *Instit. h. t.* ex eo numerandum, ex quo quis scivit, se tutorem a lege vel magistratus decreto datum aut confirmatum esse, aut hereditatem ex testamento, quo se datum non ignorabat, fuisse aditam, ac conditionem extitisse, ex qua datio tutelæ suspensa erat, *l. quinquaginta* 6. *C. h. t. d. §.* 16. *Instit. h. t. l. scire* 13. *§. quinquaginta* 9. *l. propter* 21. *§. qui se* 1. *l. pen. §. sed si* 1. *ff. h. tit.* Quibus consequens est, tutori utcunque scienti non currere dierum quinquaginta spatium, si necdum adita sit hereditas, vel necdum dies aut conditio extiterit, cum testamento datus esset; vel non rite testamento datus ac necdum magistratus decreto confirmatus fuerit; vel datus a Magistratu tali, cujus jurisdictioni subjectus non est; & generaliter, si vel datus sit a quibus non oportet, vel quibus non oportet, aut quo modo non oportet, aut quem dari non oportet, ac neque confirmatus fuerit, neque administraverit, *l. scire* 13. *§.*

consequens 4. & §. *qui non juste* 12. *l. Fajus* 16. *l. pen.* §. 1. *ff. h. t.* Montanus *de tutelis c.* 35. *reg.* 5. *n.* 16. & *seqq.* denique, si quis propter aegritudinem vel aliam necessitatem, puta maris, vel hyemis, vel incursus latronum, aut aliam quam similem, constituto tempore non potuerit venire, *l. scire* 13. §. *si enim* 7. *ff. h. t.* Quo etiam pertinet, si tutor datus moretur ultra centesimum, vel potius ultra quadringentesimum lapidem ab eo loco, in quo datus est: quatenus huic in singula viginti milliaria singuli dies dandi supra quinquaginta, juxta interpretationem & computationem Modestini in *d. l. scire* 13. §. *aliud* 2. *ff. h. t.* junct. *d.* §. 16. *Instit. h. t.* Per lapides singulos singula militaria intelligi, & lapides dici, quia Tiberius Gracchus lapideas columnas posuit, habentes spatiorum signa inscripta, docet Brissonius *antiquit. lib.* 4. *c.* 8. Sufficit autem qualiscunque scientia, licet tutor testato conventus non fuerit, ut delatam sibi tutelam gerat, *l. ita autem* 5. §. *ult. ff. de admin & peric. tut.* Nam etsi tutoribus a magistratu creatis, si peregre agant, intra dies triginta notum fieri debuerit per eundem magistratum, se tutores datos esse, *l. ult. ff. de tut. & curat. dat. ab his*; tamen in testamentariis aut legitimis id receptum non fuit; cum & ipse magistratus probabiliter ignoret saepe, qui testamento vel lege ad tutelam vocati sint. Porro an tutor sciverit se electum esse, an vero ignoraverit, id ipsum facti est, adeoque probandum. Ut tamen & praesumtionibus locus sit, quatenus nondum scientia praesumitur; quo fit, ut tutori tunc incumbat ignorantiae probatio, forte, si praesens fuerit, arg. *l. pen. C. de periculo tut.* nonnunquam ignorantia; adeo ut ipsi pupillo scientiae probatio imponenda sit dum forte tutor absens datus fuit, arg. *l. hoc autem* 6. *ff. de admin. & peric. tut.* junct. *l. ult. ff. de tut. & curat. datis ab his &c.*

4. Quia vero non sufficit, excusationis causas proposuisse, nisi de veritate earum constet; hinc ad easdem probandas a die nominationis continui menses quatuor nominato indulti fuerunt *l. quinquaginta* 38. *ff. h. t.* qui tamen, si per moras contradictoris impeditus sit, quo minus intra illud tempus probet, ut decreto liberetur, etiam postea probare desiderans audiendus est, *l. si, cum ipse* 39. *ff. h. t.* arg. *l. ul. C. de jure fisci.* Quod si per judicem, coram quo excusationum causae propositae, eaedem rejectae fuerint, provocationis remedium tutori salvum est, *l. quinquaginta* 6. *C. h. t.* Quod in tutela hactenus singulare: nam cum ad caetera munera vocati, non aliter possint allegare causas immunitatis suae, quam si appellationem interposuerint; ex adverso tutor vel a testamento vel a lege vel a magistratu datus intra tempora praestituta excusationem allegare debet, &, si fuerit pulsa, tunc demum appellare, caeterum ante frustra appellatur, *l.* 1. §. 1. 2. *ff. quando appell. sit & intra quae temp.* Quod & hodie observatur. Ant. Faber *C. lib.* 7. *tit.* 26. *defin.* 8. nisi minor annis viginti quinque tutor datus sit, Faber *Cod. d. lib.* 7. *tit.* 39. *defin.* 1. Nec repugnat *l. tutores, qui* 39. §. *tutor datus* 6. *ff. de admin. & peric. tutor.* cum illic narretur quidem, a nominatione seu creatione appellatum fuisse; sed id non probetur, imo aperte reprobetur, dum appellans, vel heres ejus, postea victus fuit, & praeteriti temporis periculum praestari jussus; non aliam ob causam, quam quia *non levis culpa videbatur contra juris auctoritatem* (id est contra formam & ordinem a D. Marco praescriptum) *mandatum tutelae officium detrectare, d. l.* 39. §. 6. Minus obstat, quod aliquoties in legibus asseritur, etiam *sine appellatione tutorem se posse excusare & interponere appellationem necesse non habere*; unde a contrario videbatur inferendum, tutorem ergo, si voluerit, etiam ante propositas excusationis causas recte appellare, *l. scire* 13. *in princ. l. Gajus* 16. *ff. h. t. l. tutores nominatos* 13. *C. h. t.* Non enim a contrario argumentum contra expressas leges recte ducitur, arg. *l. pen. C. qui testam. fac. possunt,* junct. *l. ult.* §. 3. *in med. C. de bonis quae liberis,* praesertim, cum Imperatores in *d. l.* 18. & Jurisconsulti in *d. l.* 13. §. 16. *ff. h. t.* mentionem faciant & utantur auctoritate constitutionis D. Marci, secundum quam ante frustra appellatur, *d. l.* 1. §. 1. *ff. quando appelland. sit.*

5. Quamvis autem lite super propositis excusationis causis pendente tutor tutelam administrare non teneatur, sed interim curator pupillo dandus sit, *l. cum in una* 17. §. 1. *ff. de appellation. & relation.* si tamen causae excusationis rejectae fuerint, tanquam non satis justae aut verae, medii temporis periculum & sumtus in constituendo interim curatore prorogatus ad tutorem pertinebit, *l. tutor* 2. *ff. si tutor vel curator magistratus creatus appellaverit, l. unic.* § *ult. ff. si pendente appell. mors intervenerit,* arg. *l. tutor lites* 19. *C. de admin. tut.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 7. *n.* 23. In Gallia plane tutorem se excusantem pendente lite administrare debere, post Rebuffum *ad constit. regias tom.* 1. *de sentent. provisionalib. art.* 3. *gloss.* 2. *n.* 1. tradit Montanus *de tutelis cap.* 35. *reg.* 2. *n.* 7. 8. 9. Sed & si falsa ex causa quis excusationem meruerit, periculum tutelae nihilominus ad ipsum spectat, jure singulari favore pupillorum, §. *ult. Instit. h. t. l.* 1. *C. si tutor vel curat. falsis allegat. excus.* Idemque est, si, cum veram & falsam causam allegasset, judex eum ob falsam excusaverit, *l. qui testamento* 37. *ff. h. t.* Diversum foret, si veras allegaverit, sed non sufficientes, easque judex ut justas admiserit; cum hic excusans se nullo mendacio judicantis religionem circumvenerit, sed magis ipse judex per imperitiam male judicando pupillum laeserit. Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. *ult. Instit. h. t. in med.*

6. Circa personas sese a munere tutelae excusantes observandum, eos proprie se excusare, qui, si non allegaverint & probaverint justas excusationis causas, inviti ad tutelam administrandam constringi possent; abusive vero in jure nonnunquam illos dici excusandos, qui ne volentes quidem admittuntur ad tutelae administrationem, obstante legis prohibitione, quales sunt mariti, surdi, muti, furiosi, milites, aliique his similes, *l. unic. C. qui morbo se excusant.* (libr. 5. tit. 67.) & *tut.* ... *t. C. eod.* (libr. 10. tit. 50.) *l. licet* 17. *C. h. t.* §. *pen. Instit. h. t.* junct. *l.* 1. §. *ult. ff. h. t. l. amplissimi* 4. *C. h. t. l. mari. ut* 2. *C. qui dare tutores.* Sciendum quoque, varias concurrentes circumstantias efficere, ut illi, qui vulgo excusationem habent, sese vel nullo modo vel saltem non impune excusent. Sic enim frustra tutelam deprecatur, qui expresse promisit parenti pupillorum, se tutelam eorum gesturum esse; quod & fecisse censetur, qui se testamento tutorem scripsit pupillo testatoris, §. *item si propter* 9. *Instit. hoc tit. l. spadonem* 15. §. *qui*

patri ff. h. t. junct. *l. ex sententia* 29. *in fine ff. de testament. tutela*, *l. uxori* 18. *in fine ff. ad leg. Cornel. de falsis*. Frustra quoque id tentaverit libertus a patrono liberis ejus tutor datus, eo quod omnia patrono debet, *leg. libertos* 5. *C. h. t.* Quod si tutori testamento quid sit relictum, si quidem intuitu tutelæ, (quod & in dubio præsumitur, arg. *l. Nesennius* 32. *in fine*, *l.* 33. *ff. h. t.*) excusare se non poterit, quin simul perdat testamento ita datum, *l. tutor petitus* 28. §. 1. *l. Nesennius* 32. *in med. l. amicissimus* 36. *ff. h. t. l.* 1. §. *ult. ff. ubi pupill. educ. vel morari deb. l. pen. C. de legatis*, *l. post legatum* 5. §. *amittere* 2. *ff. de his quæ ut indignis*, *l. qui tutelam* 28. *in pr. ff. de testam. tut.* Sin citra tutelæ considerationem, adeoque absolute quid relictum sit, quod testator probabiliter daturus fuisset, utcunque legatarius non gereret tutelam, eo neutiquam privandus videtur, si se justis ex causis oneri tutelæ subduxerit, *l.* 1. §. *ult. ff. ubi pupill. educ. vel morari deb.* veluti, si testamento quidem legatum Titio sit, is autem non testamento, sed a prætore tutor creatus fuerit, *l. ex his apparet* 34. *ff. h. t.* Sed & si pater filium suum testamento tutorem dederit fratri impuberi ac coheredem, non perdet filius jus hereditatis ob id, quod excusari desiderat; cum patris judicium ut filius, non ut tutor, meruerit, *l. tutor petitus* 28. §. 1. *ff. h. t.* Simili modo, si tutor testamentarius legato honoratus, atque insuper pupillo substitutus, a tutela semet excusaverit, a legato quidem, at non a substitutionis jure summovendus est, eo quod propter tutelam substitutus non videtur, quippe quæ hoc ipso, quo substitutionis pupillaris casus existit, finitur, *l. amicissimos* 36. *ff. h. t.* Superius autem dictis de iis, quæ contemplatione tutelæ relicta, consequens videtur, legitimos tutores non posse se saltem in perpetuum excusare, nisi successionis intestatæ spe cadere velint; quia quoties persona per legem successioni destinata ad tutelam gerendam habilis est, successionis spes propter tutelam & tutela propter successionis spem defertur, *l.* 1. *pr. l. tutela* 3. §. *proinde* 7. *ff. de legit. tut. t. Instit. de legit. patron. tutela l. quo tutela* 73. *ff. de reg. juris.* Plane si tutela legitima ei delata fuerit, ad quem impuberis præmorientis hereditas proxime perventura non est, existente forsitan proximiore muliere vel minore vel aliter ad tutelam inhabili, sine periculo se recte excusabit; cum in eo ratio cesset, dum alius ad hereditatem vocatur, alius tutor est, *tit. Instit. de legit. patron. tit. in fine*, atque ita verum est, tutores, cujuscunque generis sint, ipsosque etiam legitimos, se excusare posse, §. *qui autem* 16. *Instit. h. t. l. excusantur* 2. §. *hoc autem* 5. *ff. h. t.* ac de tali casu accipiendæ leges, quibus & patrui, & fratres, & generaliter agnati cognatique se dicuntur excusare, *l.* 1. *C. de legit. tut. l. si sororis* 9. *C. qui dare tutores*, *novell.* 118. *cap. ex his autem* 5. *l. jurisperitos* 30. §. *pen. ff. h. t.* Et quod alibi legitur, patroni filium excusatum fuisse a tutela liberti, *l. tutela legitima* 3. §. *quæri* 8. *ff. de legit. tutor.* uti & fratrem emancipatum a tutela fratris, cui proximus successor erat, *l. frater* 4. *C. de legit. tut.* id de illis excusationum causis non perperam intellexeris, quibus quis inhabilis fit ad tutelam recte administrandam, veluti ex ætate, valetudine adversa, aut si cæcus aut mutus aut surdus sit ille, cui spes simul successionis & tutela defertur, arg. *l. frater tuus.* 9. *C. h. t.* junct. *l. post susceptam* 40. *ff. h. t.*

7. Justæ excusationis causæ plures recensentur in jure nostro; quarum quædam in universum a tutela liberant, quædam tantum a parte tutelæ, quædam tantum a tutela certarum personarum. Rursus causæ, quæ a tota tutela excusant, vel a suscepta æque ac suscipienda vacationem præbent, vel a suscepta tantum. A suscepta & suscipienda tutela excusat mutatio domicilii facta ex rescripto Principis, scientis quidem eum esse tutorem, transmigrare autem expresse concedentis, & horum alterutrum literis significantis, *l. idem Ulpianus* 12. §. 1. *ff. h. t.* Lis quam tutor pupilli nomine adversus conjunctam sibi personam movere deberet, *l. humanitatis* 23. *C. h. t.* Lis inter tutorem & ipsum pupillum, si modo non sit de re singulari, aut rerum divisione, sed de omnibus bonis, aut maxima parte, vel hereditate, sic ut depellendus sit, si sponte se non excuset, §. *item propter* 4. *Instit. h. t. l. quod res* 21. *C. h. t. l. si pupillum* 20. *l.* 21. *ff. h. t.* Paupertas, in quam durante tutela tutor incidit, si ea tanta sit, ut oneri tutelæ par amplius esse nequeat; quod judex arbitrabitur, §. *sed &* 6. *ff. h. t. l. paupertas* 7. *l. post susceptam* 40. §. 1. *ff. h. t.* arg. *l. rescripto* 6. *ff. de mun. & honor.* Confer Paren. p. mem. Paulum Voet *ad* §. 6. *Instit. h. t.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 23. Adversa valetudo, aut corporis vitia, propter quæ ne suis quidem negotiis interesse potest, ut tamen podagra sola sufficiens non sit, §. *item propter* 7. *Instit. h. t. l. post susceptam* 40. *ff. h. t.* arg. *l. a muneribus* 13. *C. de decurion.* Cumque senectus per se morbus sit, & propter deficientem tam animi quam corporis vigorem senes rebus gerendis minus idonei sint, hinc statuendum videtur, etiam septuaginta annorum impletorum ætatem tam a suscepta quam suscipienda tutela vacationem præbere, si modo postremum anni septuagesimi diem senex attigerit tempore delatæ tutelæ; quod & suadent juris textus generaliter sine distinctione inter tutelas susceptas & suscipiendas excusationem ei tribuentes, qui septuaginta annis major est, §. *item major* 13. *Instit. h. t. l. majores* 3. *ff. de jure immunitat. l. excusantur* 2. *ff. h. t.* Et licet leges nonnullæ a tutela deferenda excusationem ex ætate concedant, *l. unic. C. qui ætate se excus. l. ult. C. qui ætate vel professione*, non tamen cum restrictione loquuntur, aut tutelas delatas excludunt. Sed nec adversantur, quod in *d. l.* 2. *ff. h. t.* dicitur, excusandum oportere annum septuagesimum excessisse eo tempore, *quo tutor creatus est aut quo hereditatem adiit quis, aut quo conditio, quæ testamento inscripta, completa est*; *non intra tempora excusationis*; id enim non alio pertinet, quam ne quis credat, se, ante septuagesimum annum impletum tutorem creatum, moras nectendo per injustarum causarum allegationes, & ita cessando ab administratione, donec ætatem compleverit, a medii temporis periculo immunem fore: seu (quod eodem redit) vult Jurisconsultus, eum, qui sine alia justa causa declinat tutelam ante completum annum septuagesimum, teneri pupillo de omni damno per neglectam vel omissam administrationem dato usque ad annum septuagesimum adimpletum. Dissent. Sande *decis. frisic. lib.* 2. *t.* 9. *defin.* 5. Excusat insuper a suscepta & suscipienda tutela dignitas summa patri-

ciatus dum quis in consilium Principis assumtus est, *l. jurisperitos* 59. *ff. b. t. l. verum* 11. §. *ex facto* 2. *ff. de minor.* 25. *annis*. Militia silentiariorum in aula Principis, qui itidem circa latus Principis militantes ita ministeriis ejus districti sunt, ut nec suis curam diligenter adhibere possint, *l. ult. . b. t. l. ult. C. de silentiariis*. Mutatio ordinis; cum enim triplex apud Romanos ordo fuerit, senatorius, equestris, & plebejus, ut dictum *l. de statu homin. n.* 4. & obtinuerit, ne in ordine senatorio constitutus invitus gereret tutelam pupillorum ordinis inferioris; contra vero illi, qui ordinis inferioris erant, ad pupilli senatorii tutelam compelli potuerint, *l. spadonem* 15. §. *similiter* 4. *ff. b. t.* hinc si plebejus plebeii tutelam gerens in ordinem senatorium cooptatus esset, a tutelæ istius sollicitudine protinus liberabatur, non liberandus, si non plebeii sed senatorii pupilli tutelam administraret, *d. l. spadonem* 15. §. *scire* 2. & 3. *ff. b. t.* Adde *t. de Senatoribus n.* 2. Adhæc absentia, sive illa sit reipublicæ causa, §. *item qui reipublica* 2. *Instit. b. t. l. verum* 11. §. *ex facto* 2. *ff. de minor.* sive alias necessaria, veluti per relegationem, ultra tempus pubertatis duraturam, contingens, *l. tutor petitus* 28. §. *ult. l.* 29. *ff. b. t. l. pen. C. in quib. casibus tut. babenti tutor dari possit*. Censentur autem abesse reipublicæ causa etiam illi, qui propediem abfuturi sunt, jam ad iter sese accingentes, arg. *l. legato* 5. *ff. de legationibus, l. administratores* 41. §. 2. *ff. b. t.* uti & eorum comites ac ministri, dummodo statutum numerum haud excedant, *l. administratores* 41. §. *eorum* 2. *ff. b. t.* Illud tamen inter tutelam susceptam & suscipiendam hic interest, quod absentes reipublicæ causa a suscepta tutela non liberentur, nisi quatenus absunt, at quamprimum reversi fuerint, onus tutelæ ante absentiam administratæ recipiant; ab ea vero, quæ de novo defertur, anni insuper habeant vacationem ex eo tempore, ex quo desierunt reipublicæ causa abesse, vel reverti debuerunt, §. *item qui* 2. *Instit. b. t. l. non solum* 10. *pr.* & §. 2. *ff. b. t. l.* 2. *Cod. si tutor vel curat. reipubl. caus. aberit*, junct. *l. tempus* 4. *ff. de vacat. & excus. muner. l. item hi* 4. *ff. ex quib. caus. majores*, quodque a tutela suscepta ac suscipienda excuset sola transmarina absentia reipublicæ causa; cum ea, quæ transmarina non est, a sola suscipienda, non vero jam suscepta, præstet excusationem, *l. verum* 11. §. *ex facto* 2. *in med. ff. de minor.* 25. *annis*. Durante autem absentia alius in locum ejus, qui se a tutela suscepta excusat, tutor vel curator datur; tutor quidem, si absentia ultra pubertatis tempus duratura sit; curator vero, si ante pubertatem tutor desiturus sit, reipublicæ causa abesse. Qua distinctione adhibita, variæ leges conciliandæ, puta *l. quæsitum* 11. *l. si qua tutor* 15. *ff. de tutelis*, & aliæ similes, cum *l. in omnem rem* 15. *l.* 16. *ff. de tut. & curat. dat. ab bis &c. l. quod si forte* 14. §. *quid ergo* 3. *ff. de solution.*

8. Excusationem a suscipienda tantum non item jam suscepta tutela præbentes causæ itidem plures sunt. Sic enim immunitatem habent literarum imperiti, quoties cum in peritia literarum conjuncta est imperitia negotiorum, *l. si duas* 6. §. *ult. ff. b. t.* §. *similiter* 8. *Instit. b. t.* Confer Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 21. Athletæ, qui in sacris certaminibus coronati sunt, *l. si duas* 6. §. *Ulpianus* 13. *ff. b. t.* Veterani emeritis stipendiis honeste missi, eo excepto, quod his post annum a missione possit una liberorum alterius veterani vel militis tutela imponi, *l. sed & milites* 8. *pr. ff. b. t. l. ut* 2. *C. de excus. veteran. l. ult. C. de bis, qui non impletis stipendiis sacramento soluti sunt*. Cui simile etiam primipilaribus tributum fuit, *d. l.* 8. §. *ult. ff. b. t.* Quod si veterani missionem causariam ante legitimum tempus consecuti sint, & ne quinquennio quidem militaverint, nullo modo excusantur, si ultra quinquennium usque ad octennium, biennii; si duodecim impleverint stipendia, triennii; si sexdecim, quadriennii; si vicena, in perpetuum excusationem habent, *d. l.* 8. §. 2. & 3. *ff. b. t. l.* 1. *C. de excusat. veteranor.* Ignominia missi, cum se veteranorum privilegiis indignos reddiderint, a tutela non vacant, nisi forte fuerit urbica tutela: cum enim ita missi in urbe habitare nequiverint, propter absentiam necessario excusabantur, *d. l.* 8. §. 1. & §. *ita autem* 5. & §. *scribit* 6. *ff. b. t.* Adhæc a tutela suscipienda excusantur omnes illi, qui ita jam certorum negotiorum administratione vel cura onerati sunt, ut administrandæ tutelæ de novo deferendæ pares futuri non credantur, quales sunt illi, qui res fisci procurant, §. 1. *Instit. b. t.* aut alia administrant bona Principis patrimonialia, *l. geometra* 22. *l. administrantes* 41. *pr. ff. b. t.* vel tributorum exactores constituti sunt, *l. exactore.* 10. *C. b. t.* vel facti mensores frumentarii in urbe, non item in provinciis, *l. mensores* 26. *ff. b. t.* junct. *l. ab bis oneribus* 10. §. *corpus* 1. *ff. de vacat. & excus. mun.* vel vectigalium conductores, si modo pupilli Romani, non municipiorum, vectigalia conducta habeant, & ipsi suo nomine, non per institores vectigalia exigant, *l. in bonoribus* 8. §. *non alios* 1. *ff. de vacat. & excus. muner. l. semper* 5. §. *conductores* 10. *ff. de jure immunitatis, l. spadonem* 15. §. *qui vectigalia* 10. *ff. b. t.* Magistratibus præterea propter potestatem a tutelis suscipiendis immunitas data fuit, *l. non tantum* 17. §. *sane* 5. *ff. b. t.* §. & *qui potestatem* 3. *Instit. b. t.* Sande *decis. frisic. lib.* 2. *t.* 9. *defin.* 6. Montanus *de tutelis cap.* 35. *regula* 1. *n.* 112. & *seqq.* Adde Groenewegen *ad* §. 3. *Instit. b. t.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *libr.* 1. *cap.* 16. *n.* 21. Cujus ratio non in hoc est posita, ne a publicis negotiis tractandis per tutelæ administrationem avocentur; sic enim & a suscepta excusandi forent; sed magis in eo, ne invitus detur ille, qui alios invitos ipse dat; dum absurdum videtur, cogi aliquem ad munus idem, ad quod alios ipse cogit. Nec interest, utrum magistratus majores sint, an minores seu municipales; cum & his vacatio indulta sit, *l. si duos* 6. §. *remittuntur* 16. *ff. b. t.* Nihil in contrarium faciente Ulpiani responso in *l. prætor magistratum* 23. *ff. b. t.* cum agat de eo, qui necdum magistratus est, sed *magistratum in municipio administrat*; quippe, si tutor creetur, deinceps recte etiam magistratus creatur, dum munus habenti honor imponi potest, nec munus semel jure impositum propterea deponitur, *d.* §. 3. *Instit. b. t.* Sed nec repugnat Modestinus in *l. spadonem* 15. §. *si civitatis* 9. *ff. b. t.* Non enim illic sermo est de magistratu municipali, qui tutor creatus fuit, sed de eo, qui ipse tutorem creavit, ac ob id obnoxius fuit factus periculo tutelæ propter actionem subsidiariam in magistratus municipales competentem, ac asseritur, eum

istam tutelam, cujus periculum sustinet, annumerare non debere cæteris tutelis ad sese excusandum a quarta tutela, quæ ipsi post depositum magistratum defertur; quia non periculum, sed administratio trium tutelarum, a quarta immunitatem præbet, ut in sequentibus explicabitur. Minus obest, quod a Callistrato scriptum est, *eum qui ædilitate fungitur, posse tutorem dari, quia ædilitas inter eos magistratus habetur, qui a privatis muneribus excusati sunt*, *l. non tantum* 17. §. *is qui* 4. *ff. h. t.* Etenim aliud illic asseritur, quam ædilem posse tutorem dari; eo modo, quo & alii magistratus tum majores tum municipales tutores creari possunt, dummodo semetipsos non dent, sed a collegis aliisque dentur, arg. *l. ult. ff. de offic. prætorum, l. prætor* 4. *l. ubi absunt* 19. §. 1. *ff. de tut. & curat. dat. ab his, l. decreto* 3. *ff. qui pet. tutores*; sed non negatur, eum datum se posse excusare; quin potius aperte asseritur, *ædilitatem inter eos magistratus haberi, qui a privatis muneribus excusati sunt*; adeoque volentes admittuntur, sed inviti non coguntur. Numerus quoque trium tutelarum simul eodem tempore administratarum excusat a quarta; sive quis ipse eas gerat; sive partim ipse, partim alii, veluti filii quos habet in potestate, vel pater in cujus est potestate, vel fratres quibuscum est in ejusdem patris potestate; cum sufficiat, tres tutelas in una domo esse, *l. excusantur* 2. §. *ult. l.* 3. *l.* 4. *l.* 5. *l. si is, qui tres* 35. *ff. h. t.* §. *item tria* 5. *Instit. h. t. l. unic. C. qui numero tutelarum.* Ut tamen non numerus pupillorum, sed patrimoniorum separatio, plures tutelas faciat, adeoque datus tribus fratribus, qui indivisum habebant patrimonium, unam tantum tutelam credatur suscepisse: uti ex adverso, diviso inter fratres patrimonio, propter multiplicatas administrationis rationes plures tutelæ censentur, *l. tria onera* 3. *l. si is, qui tres* 31. §. *ult. in fine ff. h. t.* Sed nec solum tutelæ periculum, verum administratio, excusationem præbet; unde nec fidejussores trium tutelarum, nec qui tres honorarias tutelas habent, nec qui durante magistratu suo municipali tres tutelas tutoribus detulerunt, excusantur, licet trium tutelarum periculo obnoxii sint, *l. spadonem* 15. §. *si civitatis* 9. *ff. h. t. l. si quis tutor* 60. §. 1. 2. *ff. de ritu nupt.* Quid quod & quarta tribus, quæ jam administrantur, addi potest, si vel una ex tribus, aut ipsa quarta deferenda, brevi sit expiratura, *l. non tantum* 17. *pr. ff. h. t.* vel tres tutelæ sint admodum leves, aut affectatæ, *l. spadonem* 15. §. *ero autem* 15. *ff. h. t.* Quemadmodum e contrario una tutela excusare potest a secunda, si tam diffusa & negotiosa sit, ut pro pluribus cedat, *d. l. si is, qui* 31. §. *ult. ff. h. t.* in qua *l.* 31. *pr. & §§. seqq.* variæ quæstiones alia occasione numeri trium tutelarum propositæ sunt. Insuper ad causas tantum a suscipienda tutela excusantes pertinent artes liberales, Grammaticæ, Rhetoricæ & Medicinæ, si modo hi, qui illas profitentur, diligentes sint, arg. *l. generaliter* 52. §. 1. *ff. de episc. & clericis*, & Romæ vel in patria sua has artes exerceant, ac intra statutum numerum sint, licet subinde etiam supernumerarii, vel extra patriam suam hæc profitentes excusentur, si in arte sua supra alios excellant, §. *item Romæ* 15. *Instit. h. t. l. si duas* 6. §. 1. *& seqq. &* §. 9. 10. *ff. h. t. l. eos qui* 9. *ff. de vocat. & excus. munerum.* Vide Groenewegen *ad l.* 6. *ff. h. t.* Resp. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 264. Philosophos antea excusari sine ulla numeri determinatione constitutum fuit; quia rari sunt, qui secundum Stoicorum opinionem vere philosophantur. Confer *l. si duas* 6. §. *& Philosophos* 5. 6. *et* §. *Romæ* 11. *ff. h. t. l. in honoribus* 8. §. *Philosophis* 4. *ff. de vocat. & excus. munerum*, *l.* 1. §. *an Philosophi* 4. *ff. de extraord. cognit. l. professio* 6. *C. de muneribus patrimoniorum.* Et quamvis regulariter rei divinæ operam navantes ne admittendi quidem fuerint ad tutelam, ex jure civili tamen, cum hodie exclusi non sint, excusationem ex eo capite habere possunt, secundum tradita in *t. de tutelis n.* 4. Porro ad excusationem a tutela suscipienda prodest etiam numerus liberorum, Romæ trium, in Italia quatuor, in provinciis quinque; ut tamen liberorum nomine neque posthumi hic veniant, *l. excusantur* 2. *qui autem* 6. *ff. h. t.* neque liberi naturales tantum, neque legitimi tantum, sed soli naturales & legitimi simul, sive in potestate retenti sint, sive emancipati, sive alteri in adoptionem dati; si modo sint in rerum natura: mortui enim non aliter prosunt parentibus ad excusationem, quam si in acie ceciderint, vel, cum masculi essent, liberos reliquerint, qui jure repræsentationis avo, duos alios liberos superstites habenti, proficiunt, *princ. Inst. h. t. d. leg.* 2. §. *remittit & seqq. l. bello amissi* 18. *ff. h. t.* §. 1. 2. *C. qui numero liberorum se excus. l. sextum* 2. *l. numerus* 1. *& seqq. ff. de vacat. & excus. muner.* Quæ quo usque hodie obtineant, vide Groenewegen *ad princ. Inst. h. t.* Denique inimicitiæ non capitales, quoties apparet, tutorem a patre pupilli inimicitiarum causa scriptum esse, seu tutelam inimici vexandi causa fuisse impositam; cum adinventa non sit tutela, ut alii molestiis fatigentur, sed ut pupillis prospiciatur, §. *item si propter* 9. *Inst. h. t. l. si duas* 6. §. *dat remissionem* 17. *ff. h. t.* junct. *l. severiter* 14. *C. h. t.* Quod si capitales inimicitiæ in patrem pupilli atque tutorem exarserint, non a suscipienda tantum, sed & a suscepta tutela excusatio tribuenda videtur, arg. *d. l.* 6. §. 17. *ff. h. t.* §. *inimicitiæ* 11. *Inst. h. t.* junct. *l. vel exilio* 21. *ff. de procurat. l. sane si* 23. *& seqq. ff. mandati*, quo & pertinet, si pater pupillorum status controversiam tutori moverit, vel ipse tutor pupillo; atque ita in capitis civilis periculum eum deduxerit, §. *item is* 12. *Inst. h. t. d. l.* 6. §. *amplius* 18. *ff. h. t.* Et certe pupillorum interest, ne tales habeant tutores sibi præpositos, qui forte non transmitterent occasionem vindicandi in pupillis inimicitias cum ipsis eorumve parentibus exercitas. Sed & ipsorum interest tutorum; cum verendum sit ne, licet optima fide gererent omnia, immemores injuriarum ac inimicitiarum, tamen quicquid aut ipsis pupillis aut rebus pupillaribus supervenerit minus prosperum, quicquid fortuitum, dolo tutorum ab iniquis rerum æstimatoribus adscribatur, Montanus de *tutelis. cap.* 35. *regula* 1. *n.* 162. *& seqq.*

9. A parte tutelæ se tutor excusare potest, quoties tam amplum pupilli patrimonium est, vel ita variis in provinciis diffusum atque dispersum, ut tutoris unius sollicitudo non sufficiat: nam etsi in dubio tutor ad omne patrimonium datus intelligatur, atque etiam illud in universum administrare debeat, si simpliciter tutelam susceperit; tamen audiendus est, si ab initio excusationem proponat ratione rerum illarum, quæ ultra centesimum lapidem in alia pro-

vincia sitæ sunt, *l. non solum* 10. §. *& qui* 4. *l. propter litem* 21. §. *licet* 2. *l. plane ultra* 42. *ff. h. t. l. si curatores* 2. *l. testamento* 11. *C. h. t.*

10. Denique quibusdam a personarum certarum tutela ipsa conditio personarum & status disparitas immunitatem præstat. Qua ratione senator recte deprecatur, tutelam, quæ ipsi in pupillum plebejum defertur, arg. *l. spadonem* 15. §. *si quis* 3. *ff. h. t.* Quod enim alibi scriptum est, senatores etiam liberis non senatorum posse tutores dari, *l. & qui* 22. *ff. de tut. & curat. dat. ab his*, inde non aliud educi potest, quam tales posse plebejorum tutores esse, si se noluerint excusare, Tyraquellus *de nobilitate cap.* 37. *n.* 16. Sic & inquilini castrorum immunes sunt a tutelis eorum, qui non sunt castri ejusdem inquilini & ejusdem conditionis, *l. non tantum* 17. §. *ult. ff. h. t.* Sed & Iliensibus propter inclytam nobilitatem civitatis, & propter conjunctionem originis Romanæ plenissima tributa vacatio a tutela eorum qui Ilienses non sunt, *l. non tantum* 17. §. *Iliensibus* 1. *ff. h. t.* Navicularii quoque jure detrectant tutelam extraneorum, qui non sunt de corpore naviculariorum, *l. pen. C. h. t.* Pistores urbici etiam tutelam liberorum collegarum suorum, *l. ult.* §. 1. *ff. h. t.* Quæ tamen a tutelis immunitates ad aliorum collegiorum membra sine specifica privilegii concessione porrigendæ non sunt, *d. l. non tantum* 17. §. 2. 3. *ff. h. t.* Adhæc jure Pandectarum ingenui a libertorum impuberum tutelis excusare se poterant, nisi libertinorum idoneorum penuria esset, *l. 1. §. libertinis* 4. *l. cum ex oratione* 44. *pr.* §§. *seqq. ff. h. t. l. excusationis* 3. *C. h. t.* sed id jure novo correctum eo ipso, quo omnes libertini ingenui facti sunt, arg. *novell.* 78. junct. *d. l.* 44. §. 1. 2. *ff. h. t.*

11. Quod si quis legitimas habens causas excusationis easdem non proposuerit, cum esset ad tutelam aut curam nominatus, in ea quidem, ad quam nominatus est, silentio suo sibi præjudicat, & juri suo videtur renunciasse, *l. tutores* 2. *C. si tut. vel curat. fals. alleg. excus. sit*, *l. 1. C. de his qui sponte public. munera subeunt*, Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 16. *num.* 26. sed si aliæ de novo deferantur tutelæ, excusationum causas proponere non prohibetur, *l. voluntaria* 12. *C. h. t.* Sicut & causas postea demum emergentes proponere potest, ut ab ipsa illa, quam ab initio suscepit, tutela liberetur.

12. Præter justas excusationis causas hactenus recensitas sunt aliæ, quæ fortassis justæ videri possint, nisi fuissent per leges reprobatæ, veluti, si quis alleget, se ignotum fuisse pupillorum parenti, vel parentem sibi, §. *non esse* 10. *Inst. h. t.* pupillum inopia laborare, vel patrem pupilli omnium bonorum usumfructum suæ quondam uxori reliquisse, *l. tutores* 18. *C. h. t.* se matrem futuri pupilli obligatam habere, & contrario tutelæ judicio eam posse convenire, *l. inusitatum* 19. *C. h. t.* se oculum unum amisisse, *l. frater tuus* 9. *C. h. t. l. spadonem* 15 *ff. h. t. l.* 1. *C. h. t.* se librarium, calculatorem seu rationarium, notarium, poetam, musicum, geometram, venatorem esse, *d. l. spadonem* 15. §. *neque librarios* 5. *l. geometræ* 22. *ff. h. t. l. venatoribus* 6. *C. de excusat. munerum*, *l. poetæ* 4. *C. de professor. & medicis*, se prædia ad fiscum pertinentia habere conducta, *l. coloni* 8. *C h. t.* se Jurisconsultum esse, nisi duobus in casibus, arg. *l. si duas* 6. §. *legem vero* 12. *l. jurisperitos* 30. *ff. h. t.* junct. *l. advocati* 14. *C. de advoc. divers. judicior.* Denique, si plures alleget causas, quæ singulæ seorsum spectatæ imperfectæ sunt, *l. spadonem* 15. §. *qui juxta* 11. *ff. h. t. l.* 1. §. *ult. ff. de vacat. & excus. munerum.* Ubi autem rejectæ fuerunt causæ excusationis propositæ, tanquam minus sufficientes, ad tutelam ipsam gerendam tutor compellitur strictioribus remediis, *l. præses* 3. *C. de suspectis tut.* puta, captis pignoribus, indicta mulcta, (de quibus alibi) ac moribus nostris per civilem custodiam, quæ *gijzeling* appellatur. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 7. *n.* 24. interim causas excusationis hodie arbitrarias esse, ac parcius admitti quam jure Romano, Groenewegen *ad t. Inst. de excus. tut.* Paulus Voet *ad pr. Inst. eod. t. num.* 3. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 20. Et quamvis camera pupillaris testamento exclusa sit, tamen, si tutor se excusare velit, eam de causis excusationis cognoscere posse, verius est. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 90.

TITULUS II.

Ubi pupillus educari vel morari debeat, & de alimentis præstandis.

SUMMARIA.

1. *Circa pupilli educationem plerumque sequi oportet judicium patris, non tamen semper. Prætor definivit, apud quem pupillus educari debeat. An apud matrem vitricum superinducentem, aut luxuriosam, aut hæreticam? & quid moribus? An & hodie apud vitricum aut novercam? An apud tutorem Pontificium, si parens alteruter Reformatæ religionis sit? in dubio apud proximiores. Quid, si remotior cognatus gratis offerat educationem, eum mater vellet ex reditibus pupilli alere?*
2. *Alimenta pupillo decernenda secundum modum a parente præscriptum. Quid, si is modum excesserit, vel arbitrio tertii modum excedentis alendi rationem promiserit? An tutor sine prætore possit alimentorum modum definire? An omnes reditus in alimenta absumere? An prætor possit definire alimenta supra vires redituum? Aucto vel diminuto patrimonio pupilli augendus vel diminuendus modus alimentorum.*
3. *Quid juris, si tutor absit, aut latitet, ne pupillo alimenta decernantur? Quid, si neget per mendacium, alimenta pupillo ob paupertatem decerni posse? Quid, si vere egenus sit pupillus? Cognitio de egestate ejus nunc summatim facienda.*
4. *Quænam alia præter alimenta pupillo educando per tutorem præstanda sint?* Remiss.

1. SI disceptetur ubi pupillus educari vel morari debeat, causa cognita id prætorem ex persona, ex conditione, ex tempore statuere oportet; ut sine ulla maligna suspicione insidiarum vitæ vel pudicitiæ educatio fiet, plerumque quidem apud eum, quem pater designavit, nisi is aliqua ex causa prætori suspectus sit; quippe quo casu magis est ut prætor, vocatis pupilli propinquis, ac cognitis justis suspicionis causis, utilitatem pupillorum sequatur, quam scripturam testamenti vel codicillorum, *l.* 1. §. 1. *l. si disceptetur* 5. *ff. h. t. l.* 2. *C. h. t. l. Quintus Mucius* 7. *in med. ff. de annuis legatis*, arg. *l. in*

confirmando 8. *leg.* 9. *l.* 10. *ff. de confirm. tut.* Si idoneus quidem sit, cui testamento paterno educatio injuncta fuit, sed eandem suscipere recuset; quandoque judex causa cognita coget eum, si forte libertus sit, aut mater, aut affinis cognatusve; quandoque denegabit ei actiones, quibus persequatur eodem testamento relicta, si appareat, testatorem ea ipsi propter suscipiendum educationis onus dedisse, *l.* 1. §. 2. 3. *ff. h. t. l.* 1. *C. h. t.* Montanus *de tutelis cap.* 32. *regula* 9. *num.* 330. *& seqq.* Quod si circa educationem nihil testamento suo pater caverit, prætor id auditis pupilli proximioribus definit, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* ita ut plerumque matri ea videatur permittenda, si illa supersit, alioquin aliis ascendentibus, vel fratribus, aut sororibus aliisve cognatis, vel etiam extraneis. Confer Montanum *de tutelis cap.* 32. *regula* 9. *n.* 230. *& mult. seqq.* sed non facile apud substitutos aliosve successionem impuberis sperantes, ob metum insidiarum, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t. l.* 2. *C. h. t.* ac ne apud matrem ex jure civili, si ea vitricum superinduxerit, *l.* 1. *C. h. t.* junct. *l. lex, quæ* 22. *fere in fine C. de administr. tut. novell.* 22. *cap. ejusdem quoque* 28. vel impudice vivens, etiam proli suæ luxuriose vivendi occasionem videatur præstitura. Cravetta *consil.* 190. Menochius *de arbitrar. judic. libr.* 2. *casu* 163. *n.* 4. 5. Montanus *de tutelis c.* 32. *regula* 9. *num.* 239. *& seqq.* Adeo ut nec illegitimæ sobolis educatio matri videatur tribuenda, nisi illa vitæ prioris impudicæ sortem dereliquerit, Annæus Robertus *rer. judicat. libr.* 1. *cap.* 9. Wissenbach *ad Pand. vol.* 1. *disput.* 52. *num.* 17. *in med.* Sed nec apud matrem hæreticam, ob periculum seductionis, ut vult Perezius *ad tit. Cod. divortio facto, apud quem liberi mor. & educ. deb. num.* 3. Verum cum moribus hodiernis non tam facile admittantur præsumptiones voti captandæ mortis, nec contra matrem vitricum superinducentem tam maligna nunc militet suspicio, atque insuper ipsis Romanis visum fuerit durum & inhumanum, ac non ferendum, ut liberi a parentibus, a fratribus sorores segregarentur, *l. possessionum* 11. *C. commun. utriusque judic.*, non nisi urgentibus ex causis specialibus patri novercam aut matri vitricum superinducenti adimenda liberorum educatio. D. Joh. a Someren *de jure novercar. cap.* 5. *num.* 3. & 4. Groenewegen *ad l.* 1. *C. h. t.* Adde Montanum *de tutelis d. cap.* 32. *regula* 9. *num.* 239. *& mult. seqq.* Menochium *de arbitr. judic. lib.* 3. *casu* 163. *n.* 8. *& seqq.* imo patre vel matre binubo vel binuba ita volente privignum vel privignam apud vitricum novercamve nunc educari, nihil vetat; nisi specialis aliqua ratio in contrarium sit, D. Someren *de jure novercar. d. cap.* 5. *num.* 6. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 10. *defin.* 25. *& seqq.* Quod & Cujacio visum fuit juri civili conveniens esse, *libr.* 6. *observ.* 29. Si parens superstes Reformatæ religionis sit, tutor autem Pontificius, non esse tutori permittendam pupillorum educationem, cautum fuit edicto Ord. General. 30. *Augusti* 1641. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 297. *circa med.* & edicto Ordin. Zelandiæ 16. *Octob.* 1642. *d. vol.* 1. *pag.* 234. 235. De cætero, si nihil aliud obstet, proximo cuique secundum ordinem dilectionis videtur committenda, adeoque mater præferenda amitæ, vel cognato remotiori, nisi mater in usum educationis percipere velit reditus pupillares, cum amita aliquæ gratuitam offerrent educationem; avus quoque vel avia paterna maternæ; is qui minore sumtu honestam offert educationem, aliis plus exigentibus; magisque ille, qui in urbe, quam qui ruri commoratur, de quibus, aliisque vide Jac. Coren *consil.* 5. & 15.

2. Commoda autem pupillo educando alimenta subministranda, idque secundum modum, quem pater suo præfinivit testamento; nisi forte is in modo eorum definiendo rationem excesserit; tunc enim tutoris est prætorem instruere, ut is aliud quid convenientius patrimonii pupillaris quantitati ac natalium dignitati circa alimentorum præstationem decernat, *l. officio* 2. §. *ult. l.* 3. *pr. ff. h. t.* Hinc &, si pater pupillorum nihil quidem certi præscripserit, sed generaliter arbitrio tertii alimenta pupillis per tutorem jusserit suppeditari, non præcise tutor tenetur tertii istius arbitrio contentus esse, sed magis sumtum viri boni aut saltem prætoris arbitrio facere debet, *l. Titium & Mævium* 47. §. *quantum* 1. *ff. de administ. & peric. tut.* Quamvis enim eo casu, quo nihil a patre pupilli de modo alimentorum invenitur propositum, plerumque consultum videatur, prætoris decreto id definiri pro quantitate patrimonii & ætate, natalibus, atque dignitate pupilli; non tamen perperam egerit prudens tutor, si ex bono & æquo arbitratu suo sine prætoria cognitione atque decreto alimenta congrua pupillo præstet, ne patrimonii pupillaris arcana pandantur; cum minores nullo jure possint reprobare imputationem sumtuum talium utiliter & bona fide erogatorum, quos non tam magistratus auctoritas confirmat, quam potius ipsa probat justitia ac ratio naturalis; sic ut *non ferendum esse juvenem* dicat Imperator, *qui cum præsens esset, studiisque eruditus ac alitus, sumtus recusat, quasi vento vixerit, & nullo hominis liberi studio imbui meruerit, si ea per alium se consecutum non probet*, *l.* 2. *in fine C. de alimentis pupillo præstandis*, *l. sumtus* 3. *C. de administr. tut.* Et sane, sive prætor alimenta decernat, sive sine prætore tutor ea pupillo suppeditet, providendum generaliter est, ut præstentur secundum consuetudinem ac morem regionis, nec excedatur pupilli patrimonium, seu, ne quid ultra annuos facultatum reditus impendatur; ac ne hi quidem omnes absumantur, nisi urgente necessitate, sed magis ita fiat moderamen sumtuum, ut quotannis aliquid ex reditibus supersit, *l. jus alimentorum* 3. *pr. &* §. 1. 2. *ff. h. t.* imo in amplis patrimoniis pupillorum non cumulus patrimonii, sed quod exhibitioni frugaliter sufficit, modum alimentis dare debet; *d. l.* 3. §. *in amplis* 3. *ff. h. t.* Menochius *de arbitr. judic. lib.* 2. *casu* 169. *num.* 3. *& seqq.* Brunnemannus *ad l.* 1. *C. de alim. pup. præstand.* Hinc, si post constitutum certum alimentorum modum, habita patrimonii ratione, illud postea diminutum fuerit, diminuenda quoque alimenta essent, uti versa vice augeri possent, eodem accrescente, *d. l.* 3. §. *ult. ff. h. t.* Quod si prætor, cum ignoraret quantitatem patrimonii pupillaris, ultra vires ejus alimenta decreverit, tutor hujusmodi decreto prætoris stare non debet, aut si steterit, in contrario tutelæ judicio non est ratio habenda alimentorum modum excedentium; quia si suggessisset, aut minuerentur jam decreta, aut non tanta decernerentur, *l. officio* 2. §. 1. 2. *ff. h. t.* Ut tamen inficias eundum non sit, quin prætor ex certa scientia post discussus substantiæ pupillaris vires, decernere possit alimenta bonorum reditum

excedentia, vel etiam tutor sine prætore ex bona fide, sic ut in ea impendatur aliqua sortis ipsius pars, si manifestam inde pupillo utilitatem animadvertat accessuram, *l. quid ergo* 3. *pr. ff. de contraria tut. & utili act.* Montanus *de tutelis cap.* 40. *numer.* 52.

3. Quod si tutor latitet, ne alimenta pupillo decernantur; pupillus in possessionem bonorum tutoris mittitur, & si in contumacia perseveret, ut suspectus removetur, *§. quis* 9. *Instit. de suspect. tut. l. tutor* 3. *§. tutor*, *qui ad* 14. *l. impuber.* 7. *§. pen. ff. de susp. tutor.* Idemque est, si per nimiam negligentiam absit, & ob id alimenta pupillo deficiant, ac pupillarium negotiorum cura relinquatur, licet non fraudandi pupilli causa absens sit, *l. ult. pr. ff. h. t.* Sin præsens per mendacium neget, alimenta pupillo ob paupertatem decerni posse, non tantum ut suspectus repellitur, sed & ad præfectum urbis puniendus remittitur, *§.* 10. *Inst. de suspect. tut.* atque insuper usuras pendet gravissimas eorum omnium, quæ ex rebus pupilli penes eum esse constiterit, *l. tutor*, *qui* 7. *§. idem solent* 8. *ff. de admin. & peric. tut.* Plane, si tutor necessario absit, & tamen alimenta pupillo præstanda sint, alius ei adjungendus est a prætore, qui interim de alimentis pupillo prospiciat, *d. l. ult. in fine ff. h. t.* Sicut & impune fert, si vere egeni pupilli sint, & ob id alimenta iis haud præstet; cum de suo eos alere non compellatur, *d. l.* 3. *§. ult. ff. h. t.* An autem egestate laborent, summatim hodie, non ordinario modo, judex cognoscit. Groenewegen *ad §.* 9. *Instit. de suspect. tut.* eoque apparente, pupilli remittendi ad proximos, quibus onus alendi a jure impositum est, iisque deficientibus, ad publicos pauperum curatores, secundum ea, quæ in *tit. de agnosc. & alend. liberis* dicta sunt.

4. Præter alimenta etiam sumtus ad disciplinas aut artes pro conditione pupillorum, aliaque similia, per tutores esse subministrandos, dictum *tit. de admin. & peric. tut. n.* 6. & huc plura ex *tit. de agnoscendis & alendis liberis* transferri possunt.

TITULUS III.

De tutelæ et rationibus distrahendis, et utili curationi causa actione.

SUMMARIA.

1. *Quibus modis tutela finiatur? ea finita, tutores etiam ob dolum remoti a futura administrationis periculo liberantur, sed ad præteritas rationes tenentur.*
2. *Actio tutelæ directa & contraria jure civili datur demum finita tutela saltem ex parte tutoris, licet pupillus adhuc in alterius tutela sit, quod exemplis docetur. An durante tutela pupillus tutorem convenire possit aliis actionibus tutela vetustioribus? An actio furti & alia similis nata ex delicto tutoris durante tutela commisso extinguatur morte tutoris intra pubertatem contingente?*
3. *Potest tutor promittere se quotannis rationes redditurum. Moribus quotannis reddendæ, nisi aliud testatori aut magistratui visum sit. Quo modo & quibus rationes nunc durante tutela reddendæ sint.*
4. *Cui detur actio directa tutelæ? ubi & de heredibus ac creditoribus pupilli obærati, & marito puellæ minorennis.*
5. *Contra quos detur hæc actio? An & contra heredes, & fiscum, si bona tutoris publicata sint? An & contra tutoris defuncti aut remoti successorem in officio de rationibus prioris tutoris defuncti aut remoti? An & contra patrem, si filiusfamilias tutelam gesserit? An moribus etiam contra viduam tutoris? aut contra vitricum a matre tutrice superinductum?*
6. *Si tutor matri aut avo pupillorum permiserit administrationem, an ipse, an mater administrans, & qua actione, conveniatur?*
7. *Petitur hac actione, ut reddatur ratio administrationis. An tutori fides habenda, asserenti, se quædam pro pupillo expendisse? Quid, si pater pupilli testamento præceperit, in his nudæ tutoris asseverationi stari?*
8. *Petuntur & reliqua, una cum usuris, etiam ex contutoris facto. Quando, & quo usque usuræ debeantur, ac quibus ex causis, tum jure civili tum moribus? An & præstandæ usuræ usurarum, multoties in sortem conversarum? Quid veniat appellatione reliquorum?*
9. *An in reliquis reddendis præcise sequi oporteat inventarium, si probetur, plus aut minus in illud relatum esse, quam est in patrimonio? Et quid, si ipse testator tutorem dans, modum patrimonii testamento declaraverit?*
10. *An tutor cogi possit reliqua reddere ante probatas rationes? An reliqua peti post rationes probatas parata executione? An fiduciaria reliquorum solutio peti possit?*
11. *An, & quando tutor liberetur a reliquorum restitutione, si pater pupilli, vel pupillus ipse pubes factus liberationem a rationum redditione legaverit? Qua formula uti debeat pupillus, si & reliquorum restitutionem tutori remittere velit?*
12. *Tutor præstat dolum, latam & levem culpam, non levissimam aut casum. Recensentur casus, quibus de culpa levissima tenetur: uti & casus, quibus tantum ex dolo & lata culpa obligatur; ubi inter alia, quod dolum & latam culpam præstant, quibus liberatio a rationum redditione per patrem pupilli vel pupillum legata est.*
13. *Pater pupilli non potest tutori directo aut per consequentiam remittere dolum futurum; pupillus potest dolum præteritum.*
14. *Recensentur variæ species doli aut culpæ per tutorem præstandæ; ubi & de debitoribus pupilli inidoneis factis. An tutor excusetur, si quæ male gesserit, sed ex consilio matris aut propinquorum pupilli? & quid, si pater ipse id præceperit; vel nominatim prohibuerit, ea fieri, quæ pupillo utilia sunt?*
15. *An tutor teneatur, si pecunia pupilli jure asservata, seu otiosa, reprobetur tanquam minus proba? aut si lucrosam adierit pro pupillo hereditatem sine inventario, & casibus fortuitis illa desierit solvendo esse? An culpa aut dolus præsumi debeat, si tutor in initio tutelæ inops eadem finita dives appareat? & quid in publicis administratoribus tunc obtineat?*
16. *Triginta annis durat actio tutelæ. An & quando post rationes redditas, & probatas adhuc actione*

tutela agi possit? & an peti possit repetita rationum redditio ob calculi errorem, aliasque causas?

17. *Quo in loco tutores conveniri possint ad rationes reddendas tum jure civili, tum hodierno? Et an privilegium fori ex parte pupilli vel tutoris hic possit locum habere?*

18. *Quo ordine tutores, & an singuli in solidum conveniendi sint?* remiss.

19. *De actione* de rationibus distrahendis, cui, *contra quos, & ad quid detur? quales actiones aliæ cum ea possint concurrere? & an una alteram perimat?*

20. *De* utili curationis causa actione. *An illa durante adhuc cura dari possit, an magis ea demum finita? per distinctionem explicatur.*

1. Tutelam variis finiri modis, puta morte & maxima ac media capitis deminutione tutoris, morte & omni capitis deminutione pupilli; existentia diei aut conditionis, ad quam usque tutor expresse vel tacite datus fuit; excusatione insuper ac remotione tutoris, ac denique pupilli pubertate, non ex habitu corporis, sed ex anno decimo quarto completo in masculis, ex anno duodecimo in fœminis, æstimanda, patet satis ex *tit. Instit. quib. mod. tutela finitur*, cum vero nunc passim fere tutelæ ac curæ jure confusa sint, & ideo majorennitate magis, aliisque quibusdam modis, quam pubertate tutela finiatur, de hisce magis in *tit. de curat. fur. & aliis extra min. dandis*, agendum videtur. Quando autem post finitam pubertate pupilli vel morte tutoris tutelam adhuc tutores aut heredes eorum in negotiorum pupillorum administratione perseverare teneantur, aut saltem negotia cœpta ad finem perducere, dictum in *tit. de admin. & peric. tut. num.* 15. Sed quamvis alioquin vulgo obtineat, tutores protinus a finita tutela etiam ab administratione in futurum, nec non administrationis futuræ periculo liberatos esse, adeo ut, si vel maxime ob dolum aut culpam fuissent a tutela depulsi, ne sic quidem futuri temporis periculum timeant, *l. decreto* 10. *ff. de suspect. tut.* non tamen ideo statim ab ipsa tutelæ obligatione liberati sunt; cum & bona eorum pro præteriti temporis administratione pupillis jure legalis hypothecæ devincta maneant (de quo in *tit. in quib. caus. pig. vel hyp. tacite contrah. n.*11. *& seqq.*) & ipsi in obligatione ex tutela jam finita perdurent, donec gestionis rationes reddiderint, & pupillis aut eorum heredibus satisfactum sit.

2. Ad hanc vero obtinendam rationum redditionem, aliaque, quæ his connexa sunt, actio tutelæ directa comparata fuit, sicut actio tutelæ contraria tutori ad indemnitatem. Quales actiones, non durante, sed demum finita tutela, secundum jus civile moveri potuerunt, *l. nisi finita* 4. *l. si cum adhuc* 16. *ff. h. t. §. ult. Instit. de Atil. tut.* adeo ut, si tutori suspecto postulato curator adjunctus fuisset, actionem tutelæ ne sic quidem pupillus movere potuerit, quia tutor in tutela permanserit, *l. si tutor reipublicæ* 9. *§. si tutori* 5. *ff. h. t.* Cujus rei ratio fuit, quod absurdum censuerunt Romani, a tutore rationem administrationis negotiorum pupilli reposci, in qua adhuc perseveraret, *l. si tutor* 9. *§. & generaliter* 4. *ff. h. t.* quodque tutelæ actio generalis est, ac proinde non nisi semel, omnibus absolutis, ad rationes reddendas danda; etsi negandum haud videtur, quin propter novas species, de quibus judicio priore tutelæ tractatum non fuerat, quia forte latebant, rursus utiliter actione tutelæ quis experiri posset, *l. lites* 2. *C. de judiciis*, arg. *l. si ex testamento* 20. *ff. de except. rei judicat.* Sufficit autem, ex parte tutoris finitam esse tutelam, licet adhuc ejus ætatis superstes pupillus sit, ut alterius tutoris auxilio indigeat. Unde si in locum tutoris mortui, aut deportati, aut remoti, aut excusati, alius surrogatus sit, novus hic tutor, seu potius ipse pupillus auctoritate novi tutoris, ante pubertatem tutelæ judicio recte experitur adversus eum, qui quondam tutor fuit, aut successores ejus, *l. si tutor* 9. *pr. & §.* 1. 2. 3. *ff. h. t.* Quod & dicendum, etiamsi idem ille, qui tutor esse desierat per impuberis adrogationem, aut per suam captivitatem, ejusdem pupilli morte adrogatoris aut aliter sui juris effecti, tutelam iterum susceperit, vel ipsi jure postliminii reverso tutela restituta sit; ex pristina enim administratione sic debitor est pupillo, quo modo si creditam pecuniam a patre ejus accepisset; adeoque per pupillum convenietur durante tutela secunda auctore contutore, vel, si contutor nullus sit, speciali accepto ad eam causam curatore, *l. si pupillus* 7. *§.* 1. *l.* 8. *l.* 9. *pr.* & *§. & generaliter* 4. *in med. ff. h. t.* Idemque obtinet, si pupillus heres extiterit ei, cujus tutelam suus tutor gesserat: ex hereditaria enim causa cum tutore suo habebit tutelæ actionem, *l. si pupillus* 7. *ff. h. t.* Sed & adhuc perdurans tutelæ administratio non impedit, quo minus pupillus auctore alio tutore, vel speciali in id dato curatore, adversus tutorem aliis experiatur actionibus, quoties illæ ipsa tutela vetustiores sunt, arg. *§. item propter* 4. *Inst. de excus. tut. §. ult. Inst. de auctor. tut. l. propter litem* 21. *ff. de excus. tut.* Montanus *de tutelis cap.* 39. *n.* 235. Quod si durante quidem tutela nata sit actio contra tutorem, sed non ex administratione, verum ex delicto, qualis est furti, damni ex lege Aquilia, injuriarum &c. ipsa quidem actio per impuberem durante tutela moveri nequit, sed tamen ita nata intelligitur, ut, licet ante eam ereptam seu intentatam tutor moriatur, pupillus nihilominus adversus heredes ejus possit actiones pœnales instituere; quod ita contra communes placuit juris regulas, secundum quas alioquin actio pœnalis in heredes non competit, nisi cum defuncto lis fuerit contestata; idque, quia hic tutor pupillo debitor constitutus ex delicto, vivus ipse sibi qua tutori pœnam solvere debuerat, solutamque in rationes pupilli referre, *l. si tutor* 9. *§. ult. l.* 10. *ff. h. t.*

3. Nihil interim vetat, quo minus tutor tempore tutelæ susceptæ promittat efficaciter, se non finita demum tutela, sed quotannis rationes administrationis redditurum esse, cum ita non aliud agat, quam quod juri pro se introducto renunciat, ac præstat maturius, quod demum post diem præstandum erat, arg. *l. pen. C. de pactis, l. quod certo die* 70. *ff. de solution. l. continuus* 137. *§. cum ita* 2. *circa fin. ff. de verb. oblig.* Montanus *de tutelis c.* 39. *n.* 236. Qualis etiam annua rationum redditio, tamquam pupillis utilior, nunc in plerisque locis per statuta tutoribus imposita est; nisi aliud Magistratui pupillari aut testatori tutorem danti visum fuerit, Montanus *de tutelis d. c.* 39. *n.* 236. Groenewegen *ad l.* 14. *ff. de admin. tut.* Wissembach *de different. theor. & prax.*

n. 18. Parens p. m. Paulus Voet *ad* §. 2. *Instit. de oblig. ex quasi contractu num.* 4. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 15. *in fine*, & *cap.* 18. *n.* 1. Et si quotannis, vel saltem durante tutela reddendæ rationes sint, primæ quidem ex ipso inventario, sequentes vero seu ulteriores inspectis rationibus proxime redditis reddi debent, Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 18. *n.* 2. reddentur vero tunc vel ipsi magistratui pupillari, vel reliquis contutoribus honorariis, qui ad id fere adjungi solent, Leeuwen *d. cap.* 18. *n.* 1. vel etiam cognatis ex linea avita tum paterna tum materna (*aende vier vierendeelen*) Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 18.

4. Datur hæc actio tutelæ directa pupillo & heredi ejus, *l.* 1. §. *sed & heredi* 17. *ff. h. t.* cui heredi etiam hypothecam legalem salvam esse in bonis tutorum, dictum fuit *tit. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contrah. n.* 18. 19. Competit & ex moribus hodiernis marito, qui puellam, etiamnum sub tutorum seu curatorum potestate constitutam, uxorem duxit; eo quod nunc per nuptias tutela seu cura ætatis evanescit, & mulier marito tanquam novo perpetuoque curatori per nuptias subjicitur; ut proinde justum sit, huic per alterum ætatis curatorum rationes reddi, & reliqua præstari, Groenewegen *ad l.* 9. *C. de administr. tut.* Sed nec dubium, quin creditoribus pupilli hæc actio detur, si vel bonis cesserit, vel, cum creditorum fraudandorum causa aliterve latitaret, creditores in possessionem bonorum missi sint, arg. *l. cum tutor* 18. *ff. h. t. l. in venditionem* 8. §. 1. & *seqq. l. creditore* 14. *l.* 15. *ff. de reb. auct. jud. possid. & vend.*

5. Instituenda vero est adversus tutorem, & ejus heredes, *l.* 1. §. *hanc actionem* 16. *ff. h. t. tot. t. C. de hered. tut.* aliosque successores, atque adeo etiam contra fiscum, qui per bonorum publicationem in locum tutoris successit, ejusque jure utitur, *l. si tutor* 9. §. *sed & si* 6. *ff. h. t. l. tutoris* 2. *C. ad leg. Jul. de vi publ. vel privata*, arg. *l. in pari causa* 128. §. 1. *ff. de reg. jur.* Quin & contra tutoris defuncti aut remoti successorem in officio tutelæ; quatenus surrogati tutoris officium erat a prædecessore vel herede ejus rationes exigere: in quo si cessaverit, in culpa est, ideoque pupillo obstrictus sit ad id, quod interest, rationes tutelæ per tutorem priorem administratæ exactas non esse, arg. *l. tutores* 39. §. *adolescens* 14. *ff. de admin. & peric. tut. l.* 1. *C. eod. tut.* Ant. Faber *C. lib.* 5. *tit.* 31. *defin.* 4. & 6. Patrem insuper ex administrata per filium tutela quandoque conveniri, adhibita distinctione, jus civile permisit: nam si ipse tutor durante toto administrationis tempore fuisset paterfamilias, ipse solus actione tutelæ conveniendus fuit, non item pater ejus, quippe cujus non subfuit potestati. Sin toto tempore in patria fuisset potestate positus, intererat, an testamento, an a magistratu datus esset, nam si testamento constitutus fuisset, patre intercedente, & tutelæ periculum in se recipiente, contra patrem in solidum actio competebat; contra quem tantum de peculio aut de in rem verso dabatur judicium, si vel ignorasset, vel scivisset & simpliciter tantum in delatam filio tutelam consensisset, *l. Lucius Titius* 21. *ff. de admin. & peric. tut.* Si vero magistratus eum elegisset, & in electionem item pater consensisset, in solidum actione tutela conveniri poterat: qui tantum de peculio ac de in rem verso obstringebatur, si noluisset; *l. si filiusfamilias* 7. *ff. de tutelis*, *l.* 1. *C. quod cum eo quod cum eo qui in alien. potest. est neg. gest.* Adde Gothofredum *in notis ad d. l.* 21. *ff. de admin. & peric. tut.* Quod si tutor aliquo administrationis tempore paterfamilias fuisset, aliquo vero filiusfamilias, ejus quidem temporis intuitu, quo in sacris paternis constitutus tutelam gesserat, pater secundum distinctiones superiores obligatus erat; at nullo modo ratione temporis, quo filius sui juris existens administrationi tutelæ intentus fuerat. Ipse autem filiusfamilias ex tutela per eum in potestate positum gesta non in solidum, sed tantum quatenus facere poterat, condemnatus erat, *l. si filiusfamilias* 11. *ff. h. t. l. tutorem* 37. §. *inde descendit* 2. *ff. de admin. & peric. tut.* Sed cum moribus hodiernis nullus filiusfamilias tutor esse possit, dum patria potestas evanescit majorennitate, adeoque ea ætate, qua demum ad tutelam alterius gerendam quis creditur idoneus, ut dictum *t. de adopt. n. ult.* hæ circa filiusfamilias tutorem distinctiones in foro usum non adeo magnum inveniunt. Illud magis scitu necessarium est, apud nos aliasque gentes, quibus visum fuit maritalem eo usque extendere potestatem, ut ex mariti contractibus & quasi contractibus uxor etiam ignara & invita obligetur, actionem tutelæ ad ipsam rationum redditionem non minus adversus viduam, contra heredes tutoris defuncti posse moveri, Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *t.* 5. *def.* 8. *vers. dubitatum.* Sed & actione tutelæ ad rationes & reliqua placuit conveniri posse maritum secundum istius mulieris, quæ liberorum primi thori tutelam gessit in viduitate, nec ante nuptias secundas rationes reddidit & reliqua restituit, quæve per quandam conniventiam, nemine contradicente, post nuptias secundas perseveravit in tutelæ administratione; tum quia maritus hodie passim pro uxore sua in judicio agit ac convenitur, ut in *tit. de judiciis n.* 14. 15. dictum; tum quia mariti talis bona pupillis pro administratione tutelæ per uxorem gestæ pignoris nexu devincta sunt, *l. si mater* 6. *C. in quib. caus. pign. vel hyp. tacite contrah.* Rodenburch *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 1. *n.* 4. *pag. mihi* 319. *in fine* & 320. Adde *tit. in quib. caus. pign. vel hyp. tacite contrah. n.* 11.

6. Cæterum ita tutores conveniendi sunt, ut, si vel maxime tutelam ipsi non administraverit, sed matri vel avo pupillorum aut alteri simili conjunctæ personæ rerum pupillarium permiserint administrationem ea lege, ut per matrem aut avum indemnes serventur, nihilominus in ipsos actio tutelæ danda sit, cum illa indemnitatis promissio efficiat quidem, ut contra permittentem tutori convento ac condemnato regressus detur, *l. quædam* 2. *Cod. si mater indemnit. promisit*; & ipsa mater aut avus ex sua gestione per pupillum, si ita videatur, actione negotiorum gestorum jure conveniatur, arg. *l. si mater* 24. *C. de usuris*, junct. *d. l.* 2. *C. si indemn. promisit*; sed non eum producat effectum, ut tutor actione tutelæ liberaretur, *l. tutorem* 9. *C. arbitrium tut.* Et quamvis in *hac l.* 9. negetur matrem per pupillos actione ex stipulatu conveniri posse; quia scilicet inter matrem pupillosque nulla stipulatio intercesserit, non tamen ideo negotiorum gestorum actio in eam secundum leges alias deneganda est.

7. Finis hujus actionis tutelæ in genere est, ut

pupillo praestetur quod ex rebus pupilli apud tutorem existit, & quod interest, seu damnum quod evenit, & lucrum quod cessavit, ex eo, quod quid a tutore ex officio gestum non est, ut geri debuerat, *l.* 1. *pr. ff. h. t. l. eum, qui* 5. *l. quicquid* 7. *C. arb. tutela.* Sed cum de eo constare satis nequeat, nisi collatis accepti & expensi rationibus una cum inventario, ante inchoatam administrationem de rebus pupillaribus conscripto, ante omnia tutor hac actione constringitur, ut reddat rationes administrationis suæ, *l.* 1. §. *officio* 3. *ff. h. t. l.* 1. *Cod. ubi de ratiociniis*, examinandas deinde seu excutiendas an justæ ac probæ sint imputationes iis comprehensæ, an accepta recte in eas relata, aliaque similia, *arg. l. cum servus* 82. *l. qui sub conditione* 111. *ff. de condit. & demonstr. l. si statu libera* 6. §. *ult. ff. de statu liberis*, Menoch. *de arbitr. jud. libr.* 2. *casu* 209. Non enim in iis, quæ tutor nomine pupilli expensa refert, nudæ ipsius assertioni standum est, nisi in quibusdam levioribus; sed erogatio probari debet, etiamsi forte pater pupilli diserte suo jussisset testamento, in expensis nudæ tutoris asseverationi fidem haberi: nam cum dolum futurum nemo, adeoque nec testator tutori remittere possit, ut infra *num.* 13. traditur; tutor vero plurima non erogata dolo malo posset sub administrationis colore expensa ponere: magis est, ut tali in casu judicis arbitrio definiatur, in quibus tanquam probabiliter erogatis tutori credi debeat, in quibus ex adverso, velut minus probabilem erogationis causam habentibus, ulterior probatio exigenda sit. Confer Montanum *de tutelis cap.* 32. *regula* 8. *n.* 5. *& seqq.* Mugnoz de Escobar *de ratiociniis cap.* 10. *n.* 7. *& multis seqq.*

8. Sed & per hanc actionem petitur, ut tutor res juxta inventarium restituat, ac reliqua solvat, *arg. d. ll. l. si quis rationem* 9. *l. Aurelio* 20. §. 1. *l. Aurelius* 28. §. *Mævia* 4. *l. ult.* §. *inter* 1. *ff. de liberat. leg. l. qui libertatis* 69. §. *servus* 4. *ff. de evict.* Montanus *de tutelis cap.* 26. *n.* 13. *& seqq.* Menochius *de arbitrar. judic. lib.* 2. *casu* 209. *nu.* 21. *& seq.* una cum usuris, si moram fecerit in rationibus reddendis aut reliquis restituendis; sive ex suo, sive ex contutoris facto damnetur, *l. ejus quod* 2. *Cod. de usuris pupillar. l. tutor, qui repertorium* 28. §. *pen. & ult. l. tutor pro pupillo* 28. §. 1. *ff. de admin. & peric. tutor.* aut pecuniam pupillarem in suos usus converterit, *d. l. tutor qui repertorium* 7. §. *quæ* 10. *l. Titium et Mævium* 47. §. *pen. et ult. ff. de admin. et peric. tut. leg.* 1. *C. de usuris pupill.* Adde *tit. de usuris n.* 2. 12. *in fin.* Licet enim jure novissimo Justiniani tutores durante tutelæ administratione ad usuras pupillarium pecuniarum, quas otiosas penes se asservabant, nec fœnori collocare tenebantur, solvendas obstricti non fuerint, de quo latius etiam secundum mores hodiernos actum in *tit. de admin. et peric. tut. num.* 9. *et* 10. tamen ex quo finitum fuit tutelæ officium, eos ob moram ad usuras damnari, ne jure quidem civili novissimo mutatum invenitur, ac hodiernis moribus comprobatum est, dum & nomine nummorum durante administratione otiosorum tutores ad usuras, convenienter juri Pandectarum & Codicis obligati pupillis sunt. Groenewegen *ad auth. novissime C. de admin. tut.* Sicut nec illud a Justiniano correctum puto, quod in Pandectis ac Codice traditum, tutores ratione ejus, quod ipsorum negligentia seu culpa tali, quam præstare tenentur, ex patrimonio pupillari periit aut corruptum fuit, ad usuras ordinarias oportere damnari ex eo tempore, quo in officium suum impingendo damnum pupilli rebus intulerunt, usque ad diem condemnationis seu redditæ tutelæ; utcunque non ex suo, sed contutoris facto convenirentur, quia neglexerant eum suspectum postulare, *l. tutor, qui* 7. §. *pen. et ult. ff. de ad admin. et peric. tut. l. ejus quod* 2. *C. de usuris pupill.* Plane ex quo per tutorem non stetit, quo minus conventus restitueret tutelam, seu reliqua tutelæ, dum ea legitime obtulit, ac quo ad ejus fieri potest, consignata deposuit, ad usurarum præstationem compellendus non est, *l. tutor pro* 28. §. 1. *ff. de admin. et peric. tut. l. ult. Cod. de usuris pupill.* Et quamvis tutorem ad usuras usurarum, quas a debitoribus pupillaribus exegit, nec rursus collocavit, aut a semetipso durante tutelæ administratione debuerat exigere, pupillis teneri dictum fuerit in *tit. de usuris num.* 20. tamen si post finitam tutelam reliquator fuerit, ad reliquorum quidem usuras, at non iterum in usurarum usuras multiplicatis vicibus damnandus est, ne ex anatocismo in immensum excrescat debitum, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 51. Responsa Juris. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 87. 88. Reliquorum autem restituendorum appellatione etiam ipsa veniunt rationum volumina, *l. si ita fuerit* 13. §. *hac quæstio* 2. *in fin. ff. de manumiss. testamento*, licet subinde occurrant in jure latius accepta tanquam a reliquis diversa, *l. ult.* §. *inter* 1. *ff. de liberat. leg.* Montanus *de tutelis cap.* 32. *reg.* 8. *num.* 10. *& seqq.* sicut & instrumenta administrationem concernentia, vel ejus occasione confecta, veluti apochæ, aut chirographa debitorum, scripturæ de emtionibus, locationibus rerum pupillarium, aliisque negotiis similibus conceptæ, *l. is, qui* 1. *l. pen. C. de in litem jurando, l. ult.* §. *ult. ff. de fidejuss. & nominat. & hered. tut. l. si cui libertas* 50. *l. cum servus* 8. *in fine ff. de condit. & demonstrat.* Menochius *de arbitrar. judic. libr.* 2. *casu* 209. *num.* 29.

9. Quod vero dictum fuit, tutorem reliqua juxta inventarium debere restituere, hactenus verum est, si neque plus neque minus in inventario scriptum sit, quam vere erat in patrimonio pupillari: non enim veritati & justis probationibus officit erronea inventarii scriptura, ut latius demonstratum *in tit. de admin. & peric. tut. n.* 5. usque adeo, ut, si vel maxime is, qui tutorem suo dedit testamento, modum patrimonii verbis testamenti sui ampliasset vel minuisset, tutor nihilominus secundum id quod vere repertum fuit in facultatibus, reliqua restituere cogendus sit, *l.* 1. *C. arbitr. tutela*, arg. *l. scriptura testamenti* 10. *C. communia utriusque judicii*, nisi jure novissimo testator substantiæ mensuram testamento declaratam jurejurando confirmasset, *nov.* 48.

10. Non tamen tutor ad reliqua reddenda compelli ante potest, quam si prius rationes redditæ, dispunctæ, subductæ, ac probatæ fuerint, atque ita constiterit, quid vere in reliquis sit. Sande *decis. frisic. lib.* 2. *tit.* 9. *defin.* 12. Fachineus *controv. lib.* 8. *cap.* 58. Joh. Papon *lib.* 15. *tit.* 8. *arrest.* 1. nisi forte præsens premensque egestas pupilli faciat, arbitrio judicis aliquid interim ei, cui rationes reddendæ & reliqua obventura sunt, in usum alimentorum litisque sumtus subministrari: cujus praxin

vide apud Wassenaar *pract. judic. cap.* 10. *n.* 32. *et seqq. usque ad finem.* Sed nec parata executio pro reliquis rationum jam subductarum atque probatarum consequendis competit, sed magis ad eorum restitutionem solemni servato judiciorum ordine condemnatio peti debet, ut auctor est Joh. Papon *lib.* 15. *tit.* 8. *arrest.* 2. Ut tamen illis in locis, in quibus fiduciario solutionis petitio, pendente principali lite, admissa est, etiam fiduciaria reliquorum solutio a tutore refractario ex rationibus ita redditis peti possit, quatenus saltem error calculi manifestus in continenti non docetur, Papon *d. lib.* 15. *tit.* 8. *arrest.* 3.

11. Ex adverso a reliquorum restitutione tutor non liberatur ex eo, quod ei a patre pupilli, vel ab ipso pupillo, aliove, cui ratio reddenda liberatio a rationum redditione legata fuit, *l. siquis rationes* 9. *l. Aurelio* 20. §. 1. *l. Aurelius* 28. §. *Mævia* 4. *ff. de liberat. legat. l. cum tale* 72. §. *quid ergo* 3. *ff. de condit. et demonstr. l. Titia cum* 54. §. *Gajus Sejus* 3. *ff. de legatis* 2. eo modo, quo & procurator, a quo heres rationes exigere vetitus est, actiones tamen natas ex contractibus, quos ut procurator fecit, credere heredi, ac res exactas restituere cogendus est, *l. procurator* 23. *ff. de liberat. leg.* Menochius *de præsumt. lib.* 4. *præsumt.* 164. *n.* 12. Gomezius *variar. resol. tom.* 1. *c.* 12. *n.* 83. Covarruvias *variar. resolut. l.* 2. *c.* 14. *n.* 4. Nec obstat *l. ult.* §. *Titia* 2. *ff. de liberat. legata.* Etenim legendum illic, *nihil proponi, cur pecunia, quæ pupillæ esset, et apud tutorem remaneret, legata videretur,* delata particula *non.* Neque enim probabile est, Scævolam Jurisconsultum in eadem, aut certe simili, facti specie contrarias per incogitantiam fecisse decisiones, præsertim cum ipsorum verborum memor, eadem plane phrasiologia in utroque responso usus fuerit. Jam vero in *l. Aurelius* 28. §. *Mævia* 4. *ff. de liberat. legata.* Scævola idem de eadem quæstione tractans scripsit, *nihil proponi, cur pecunia, quæ pupillæ est, et apud tutorem posita maneret, legata videretur.* Cujus legis lectionem servari oportere, non modo plures aliæ leges superius adductæ, idem definientes, evincunt abunde, sed & singularis exceptio ab hac definitione, per ipsum Scævolam in eadem *l.* 28. §. 3. immediate præcedente proposita in patris simulque tutoris persona, cui cum filius *liberationem legasset ab actione tutelæ*, & quæreretur, an pater pecunias, quæ vel ex venditionibus rerum factis, vel ex nominibus exactis in suos usus converterat, aut nomine suo fœneraverat, hæredibus testatoris, nepotibus suis, reddere teneretur? Respondit Scævola, *eum cujus notio est, id æstimaturum, præsumptionem enim propter naturalem affectum facere, omnia patri videri concessa; nisi aliud sensisse testatorem ab heredibus ejus approbaretur.* Cum itaque ne in persona quidem patris remissam censeret reliquorum restitutionem nisi admodum hæsitanter, idque propter naturalem testatoris in patrem affectum, non aliter quam si heredes contrariam non approbassent testatoris voluntatem; mox in §. 4. proponens casum de rationum redditione remissa extraneis tutoribus, in quibus illa non militabat ratio naturalis affectus, merito scripsit, *nihil proponi cui pecunia, quæ pupillæ est, et apud tutorem posita manerte, legata videretur.* Sane, si quis tutoribus etiam reliquorum restitutionem legato liberationis remittere voluerit, Ulpianus alia id formula agendum docet, puta, *damnas esto heres meus, quicquid ab illo exegerit illa vel illa actione, id ei restituere, vel actionem ei remittere, l. si quis rationes* 9. *ff. de liberat. legata.*

12. Quia vero hac actione etiam ad damna negligentia tutoris data reparanda agitur, sciendum tutores regulariter de dolo, lata ac levi culpa in administratione commissa teneri, licet nullum eorum in administratione hac commodum vertatur; quod ita pupilli favore receptum est, *l.* 1. *pr. ff. h. t. l. contractus quidam* 23. *ff. de reg. juris l. quicquid* 7. *C. arbitrium tut.* Adde Leeuwen, *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 18. *n.* 10. Nec est quod objiciatur, aliena negotia curantes ad culpæ levissimæ præstationem vulgo devinctos esse, uti id ex negotiorum gestoribus & mandatariis aliisque similibus apertum est, *l. a procuratore* 13. *l. in re mandata* 21. *C. mandat. l. contractu quidam* 23. *ff. de reg. jur.* §. 1. *in fine*, *Instit. de oblig. quæ quasi ex contractu.* Etenim inter mandatarios, negotiorum gestores, similesque alios & tutores ea diversitatis ratio est; quod illi quidem sponte sua ad negotia aliena tractanda accedant, tutores vero inviti ad munus tutelæ subeundum compellantur, ac propterea non ita ad exactissimæ diligentiæ præstationem visi fuerint obligandi. Sunt tamen in jure casus, quibus & ad levissimæ culpæ præstationem tutores obstricti sunt; puta si in suis rebus propriis diligentissimi esse soleant; cum fraude non careat, qui minorem curam rebus alienis sibi commissis, quam suis adhibet, *l.* 1. *pr. ff. h. t.* junct. *l. quod Nerva* 32. *ff. depositi*, uti &, si sponte se obtulerint administrationi, oblata cæteris contutoribus simul testamento vel a magistratu datis satisdatione, *l. qui injuria* 53. *qui alienis* 3. *ff. de furtis*, junct. *l.* 1. §. *sæpe* 35. *ff. depositi*, vel si post pubertatem pupilli sui ea gerant, quæ durante impubere ætate non erant inchoata, nec tutelæ gestioni connexa sunt; eo quod de his magis negotiorum gestorum, quam tutelæ judicio conveniendi forent, *l. si tutor* 13. *l.* 14. *ff. h. t.* Paulus *recep. sent. lib.* 1. *tit.* 4. §. 2. Sed & ex adverso de solo dolo ac lata culpa, non item de levi, tutores quandoque teneri, obtinuit: nam si prædia pupillis comparaverint minus quidem idonea, verum neque sordide neque gratiose conditionem non bonam elegerint, adeoque nec in fraude nec in lata negligentia hæreant, judicio tutelæ hac in parte conveniri nequeunt, *l. tutor, qui repertorium* 7. §. *competet* 2. *ff. de admin. et peric. tut.* Idemque est, si in exigendis nominibus paternis, id est a patre pupillorum contractis, quæ initio susceptæ tutelæ idoneæ erant, neque manifesta negligentia cessaverint, ac debitores facultatibus lapsi sint, *l. nomina* 2. *C. arbitrium tutelæ.* Denique, si vel pater pupillorum tutori testamento remiserit rationum redditionem, vel ipse pupillus aliusve, cui rationes tutelæ reddi debent, easdem a tutore exigi testamento vetuerit; se solo dolo ac lata culpa, quæ dolus est, eum teneri, legibus cautum est, *l. ita autem* 5. §. *Julianus* 7. *ff. de admin. et peric. tut. l. Aurelio* 20. §. 1. *ff. de liberat. legata, l. cum tale* 72. §. *quid ergo* 3. *ff. de condit. et demonstrat. l. si servus vetitus* 119. *ff. de legat.* 1. *l. qui plures* 41. *ff. de admin. et peric. tut.* Quamvis enim testator pater pupilli suo testamento efficere nequeat, ut tutor nul-

las omnino rationes reddat; atque ita aneclogistus sit, quia talis remissio rationum respectu administrationis futuræ reddendarum invitaret ad delinquendum, *d. l.* 5. §. 7. *ff. de admin. et peric. tut.* (adde *tit. de admin. tut. n.* 4. *in fin.*) & ipse pupillus aliusve, cui ratio reddenda, remittendo per suum testamentum rationes tutelæ jam gestæ, non intelligatur remisisse reliquorum restitutionem, secundum ea, quæ supra *h. t. nu. praced.* dicta sunt, eorumque reliquorum quantitas non aliter quam ex rationum redditione constare possit: tamen rationum remissio tam a patre respectu tutelæ gerendæ, quam a pupillo aliisve respectu tutelæ jam gestæ facta, id operatur, ne scrupulosa fiat inquisitio, & negligentiæ ratio non habeatur, sed tantum fraudis, *d. l.* 119. *ff. de legat.* 1. *d. l.* 5. §. 7. *ff. de admin. tut. d. l.* 20. §. 1. *ff. de liberat. leg. d. l.* 72. §. 3. *ff. de condit. et demonstrat.* Berlichius *conclus. pract. par.* 2. *conclus.* 12. *n.* 21. 22. Gomezius *variar. resolut. tom.* 1. *cap.* 12. *num.* 83.

13. Illud interim inter tutelæ adhuc gerendæ & jam gestæ rationes remissas interest, quod pater pupilli testamento remittens rationes tutel. etiamnum gerendæ, ne expresse quidem cavere possit, ne tutor de dolo futuro in administratione committendo teneatur, nec quicquam tutori per fideicommissum aut legatum relinquere eo nomine, ut consequatur, quod ob damnum dolo in rebus pupillaribus datum pupillis præstare coactus fuerit; quia *nemo jus publicum mutare potest hujusmodi cautionibus, et mutare formam antiquitus constitutam*, nec dolus in futurum admittendus est, *d. l. ita autem* 5. §. *Julianus* 7. *in fine ff. de admin. et peric. tut. l. si unus* 27. §. *illud* 3. & 4. *ff. de pactis, l. in commodato* 17. *pr. ff. commodati, l. illud convenire* 5. *ff. de pact. dotal.* cum ex adverso is, cui tutelæ jam gestæ rationes a pupillo jam pubere facto remittuntur, etiam a reparatione damni dolo vel lata culpa dati liberari possit expressa voluntate, vel reliquorum reddendorum remissione, *l. si quis rationes* 9. *ff. de liberat. legata*, eo quod dolus aut delicti præteriti pœnæque inde debitæ remissio legibus improbata non est, cum non invitet ad delinquendum, arg. *l. si unus* 27. §. *pacta* 4. *in fine ff. de pactis.* Confer Covarruviam *variar. resolut. lib.* 2. *cap.* 14. *n.* 4.

14. Dolo autem vel culpæ per tutorem præstandæ varia adnumeranda, quæ magna ex parte sponte nota aut saltem colligenda ex iis, quæ in *tit. de admin. et peric. tut.* dicta sunt; inter alia quoque, repertorium aut rationalia non fecerit, vel facta suppresserit; ob quæ etiam adversus eum in litem jurari potest, *l.* 1. §. *officio* 3. *ff. h. t. l. tutor, qui repertorium* 7. *pr. ff. de admin. et peric. tut.* Adde *tit. de admin. tut. n.* 8. si non distraxerit ex rebus pupillaribus illas, quæ tempore erant perituræ, aut deteriores futuræ, *l. fin. C. de tut. et curat. qui satis non dedit*, si puberem factum pupillum non admonuerit, ut sibi curatorem petat, & ita commoda ejus neglecta sint, *l. ita autem* 5. §. *si tutor* 5. *ff. de admin. et peric. tut.* si pecunias pupillares fœnori collocaverit, & mutuarii postea desierint solvendo esse, vel in genere credita pupillaria non exegerit, & ita facultatibus lapsi sint debitores, secundum distinctiones propositas in *tit. de admin. & peric. tut. n.* 8. Neque tutorem in hisce aliisque quamplurimis culpæ per eum præstandæ speciebus, excusabit, quod patris aut matris aut propinquorum pupilli consilium secutus sit, uti perperam tradit Chassenæus *ad consuetud. Burgund. rubric.* 6. §. 6. in verbis *de reddenda ratione n.* 12. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 18. *n.* 10. *in fin.* Nam etsi maxime concedatur, præsumi oportere, quod dolus absit, ubi præsentibus pupilli necessariis ac ex eorum auctoritate tutor quid gessit, secundum ea quæ scripta a Menochio *de præsumt. lib.* 3. *præsumt.* 128. *n.* 2. *et seqq.* vel ubi cogente matre pupilli, aut instantibus aliis pupilli propinquis, actionem alteri moverit aut accusationem, sic ut ob id etiam a calumniæ vitio absolvendus sit, *l. tutorem* 22. *ff. de his quæ ut indignis*, non tamen ideo culpæ præsumtio cessare videtur, &, si vel hoc detur, tamen id non impedit, quo minus pupillus ad indemnitatem contendat tutelæ judicio, ubi dolum aut culpam tutoris in iis, quæ ex propinquorum gessit consilio probare potuerit. Et usque adeo hæc vera sunt, ut ne quidem securus sit tutor, si ipse pater tutelam filiorum consilio matris regi jusserit, vel tutor ex voluntate patris pupillorum, per quem testamento datus fuerat, ea gesserit, aut omiserit, quæ aliter fieri, pupillis expedivisset. Sicut enim de prætore alibi responsum fuit, eum magis utilitatem pupillorum sequi debere, quam scripturam testamenti paterni aut codicillorum; *l. in confirmando* 8. *l.* 9. *l.* 10. *ff. de confirmando tutore*, ita quoque tutoribus idem ex officio incumbere, post Papinianum Ulpianus aperte docet in *l. ita autem* 3. §. *Papinianus* 8 & 9. *ff. de admin. et peric. tutor.* cum ait: *Pater tutelam filiorum consilio matris regi mandavit, et eo nomine tutores liberavit; non idcirco minui officium tutorum integrum erit, sed viris bonis conveniet, salubre matris consilium admittere, tametsi neque liberatio tutoris, neque voluntas patris aut intercessio matris tutoris officium infringat. Usque adeo autem licet tutoribus patris præceptum negligere, ut, si pater caverit, ne quid rei suæ distraheretur, vel ne mancipia distraherentur, vel ne vestis, vel ne domus, vel ne aliæ res periculo subjectæ, liceat eis contemnere hanc patris voluntatem.* His adde *l. Titium et Mevium* 47. §. 1. *ff. eod. t. l.* 2. §. *ult. ff. ubi pup. educ. l. Quintus Mucius* 7. *in med. ff. de annuis legatis*, & quæ occurrunt in responsis Juriscons. Holl. *par.* 4. *consil.* 183. vers. *dan alsoo't faveur.*

15. Non tamen culpæ per tutorem præstandæ adnumerari debet, quod, cum pecuniam pupillarem in emtiones prædiorum haberet repositam, aut in id, ut idoneis collocaret nominibus, illa, tanquam ærosa, seu minus proba, jussu Principis sublata fuit aut vetita expendi, & sic pupillo ex parte periit, *l. creditor oblatam* 102. *ff. de solution.* Uti nec quod, cum nomine pupilli adivisset hereditatem, certo certius lucrosam; non confecto inventario, deinceps debitores hereditarii subito facultatibus lapsi foro cesserint, pretio rerum hereditariarum decreverint, aut hostium incursu vel incendio perierint; sed magis hæc ipsi pupillo nocent, ut damna fatalia, quæ nullus alteri, adeoque nec tutor pupillo præstat, *l. contractus quidem* 23. *in fine ff. de reg. juris, l. tutoribus* 4. *C. de peric. tut.* Respons. Jurisc. Holl. *par.* 5. *consil.* 67. *q.* 2. usque adeo, ut ne quidem restitutione in integrum minor adversus aditionem regulariter ob hæc juvandus sit; cum & cuilibet majori, quamvis diligentis-

simo, absque ullo ætatis lubrico hæc possint contingere, *l. verum est* 11. §. *item non* 4. *et* 5. *ff. de minor* 25. *annis*. Denique nec culpa tutoris aut dolus ex eo solo præsumi debet, quod tutor finita tutela dives sit, qui inchoatæ administrationis tempore inops erat; sed debitum aliis indiciis comprobari oportet; neque enim pauperibus industria, vel augmentum patrimonii, quod laboribus & multis casibus quæritur, interdicendum est, ut rescriptum ab Impp. in *l. si defunctus* 10. *C. arbitrium tutelæ*. Secus quam obtinet in pecuniæ publicæ administratoribus, qui, si ante fuerint inopes, super modo facultatum ac rerum suarum interrogari possunt, & si non docuerint, unde ditati sint, ex bonis publicis ad divitias pervenisse præsumuntur, *l. defensiones* 7. *Cod. de jure fisci*. Perezius *ad t. Cod. arbitrium tutelæ n.* 12. *et ad t. Cod. de jure fisci n.* 21. Confer Menochium *de præsump. lib.* 6. *præsump.* 26. *n.* 2. *et seqq.* Mascardum *de probation. conclus.* 1399. *n.* 9. *et seqq.*

16. Ad rationes tutelæ reddendas totis triginta annis a finita tutela computandis agi posse, dubium non est, secundum propriam naturam actionum in personam. Confer Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 87. 88. Hect. Felicem *de societ. c.* 37. *n.* 55. *et seqq.* Sed si semel legitime seu solemniter redditæ & approbatæ fuerint, non potest tutor cogi, ut iterato administrationis ejusdem rationes reddat, arg. *l. semel securitatem* 2. *C. de apochis publicis*, junct. *l. in contractibus* 14. §. 1. *et* 2. *C. de non numerat. pecun.* Chassenæus *ad consuetud. Burgund. rubric.* 6. §. 6. ad verba, *de reddenda ratione n.* 5. Hector Felix *de societ. c.* 38. *n.* 61. 62. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 44. nisi de calculi errore quæstio sit; cum enim error talis veritati non præjudicet, rationes etiam sæpe computatas denuo tractari posse, placuit, si super iis transactum aut judicatum non sit, *l. unic. de errore calculi*, *l. calculi* 8. *ff. de admin. rer. ad civit. pertinent.* ibique DD. Hector Felix *de societ. d. cap.* 38. *n.* 63. *et multis seqq.* aut nisi quædam in rationibus probata sint per intervenientem dolum tutoris; eo quod tunc ex capite doli restitutionem in integrum obtineri posse adversus rationum comprobationem, ex generalibus juris principiis in . *de dolo* traditis manifestum est. Sed &, si quædam vel dolo tutoris, vel etiam citra dolum ejus per negligentiam omissa doceri possint; de iis restituendis jure egerit, cui rationes redditæ, & a quo probatæ sunt, arg. *leg. licet judice* 2. *C. de judiciis*, *l. si ex testamento* 20. *ff. de except. rei judicatæ*, §. *si minus* 34. *Instit. de action. l. in omnibus* 13. §. 1. *ff. de diversis temp. præscript.* Hector Felix *de societ. d. cap.* 38. *n.* 81. 82. *& seqq.*

17. Cæterum reddendæ rationes secundum jus civile eo in loco, in quo tutela gesta fuit, *l.* 1. *C. ubi de ratiociniis*, *leg. neque fœmina* 54. §. 1. *ff. de procur.* usque adeo, ut, licet ibi domicilium tutor non habeat, tamen ibi debeat se defendere, aut alioquin pati missionem in possessionem rerum, quas illic habet, *leg. heres absens* 19. §. *si quis tutelam* 1. *ff. de judiciis*, Merula *praxi civili libr.* 4. *t.* 40. *cap.* 3. *num.* 18. 19. Leeuwen *cens. for. part.* 2. *libr.* 1. *cap.* 14. *n.* 10. Et si quidem plures ejusdem tutoris heredes, omnes ad eumdem judicem ire debere, constitutum fuit, *l. omnes* 5. *C. arbitrium tut. l. cum ex pluribus* 2. *ff. de quib. reb. ad eundem judicem eatur*, Chassenæus *ad consuet. Burgund. rubric.* 6. §. 6. ad verba, *de reddenda ratione num.* 3. Montanus *de tutelis cap.* 38. *num.* 88. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 332. *in fine*. Quod tamen jus, de pluribus tutoribus ad eundem judicem vocandis, tum demum moribus nostris observatur, cum omnes uni communi minori, aut saltem superiori judici, simul subsunt, alioquin unusquisque eorum, qui non subsunt cum ceteris uni judici communi, ad judicem suum proprium rationis reddendæ causa vocandi sunt; per ea, quæ tradita in *t. ex quib. caus. ad eund. judicem eatur*. Sed & ex usu hodierno tutores dativi regulariter rationes reddant apud magistratum a quo creati sunt, licet alibi tutela gesta sit; ut post alios auctor est Groenewegen *ad l.* 1. *C. ubi de ratiociniis*. Si tamen actor eos in loco domicilii convenire velit, vel in loco, in quo administrarunt, audiendus videtur; dummodo sumtibus actoris instrumenta & rationum volumina transferantur ex loco administrationis ad locum domicilii, si ibi conveniatur, arg. *l. si res mobilis* 10. *&* 11. *ff. de rei vindic. l. prætor ait* 4. §. *ult. l.* 5. *ff. de edendo*, Groenewegen *ad d. l.* 1. Perezius *ad t. Cod. ubi de ratiociniis n.* 2. Perezius *ad t. Cod. ubi de ratiociniis n.* 2. Parens p. mem. Paulus Voet *de statutis sect.* 9. *cap.* 9. *n.* 19. Confer Mugnoz de Escobar *de ratiociniis cap.* 7. Nec ulla ratio est, cur non & testamentarius æque in loco domicilii, quam in loco tutelæ administratæ, adigeretur ad rationum redditionem. Licet autem pupilli aliæque miserabiles personæ vulgo tali gaudeant privilegio, quod suos possint adversarios prima instantia ad superius tribunal, prætermisso judice inferiore, evocare, ut dictum *t. de judiciis n.* 115. non tamen hoc in casu iis datum est, ut tutorem compellant ad rationes apud Hollandiæ curiam reddendas; sed ad summum videntur posse suos tutores ad Curiam Hollandiæ evocare ad id, ut ibi ad rationes in loco secundum leges moresve commodo reddendas condemnentur, Groenewegen *ad d. l.* 1. *Cod. ubi de ratiociniis in fine*. Sicut e contrario nec tutori permittendum videtur, ut quadam fori præscriptione sese tueatur, si post finitam tutelam cœperit alio foro privilegiato gaudere, arg. *l. nemo* 2. *C. ubi de ratiociniis l. officiales* 4. *C. de episc. & clericis*. Vide Brunnemannum *ad d. l.* 4. Mugnoz de Escobar *de ratiociniis cap.* 4. *num.* 3. *& seqq.*

18. An, & quando tutores singuli in solidum conveniri possint; & generaliter, quo quisque ordine a pupillo propter administratam tutelam excutiendus sit, dicetur in *t. de magistrat. conveniend.*

19. Præter directam tutelæ actionem etiam finita tutela (non vero ea durante, in quo actioni tutelæ similis est, *l.* 1. §. *ult. ff. h. t.*) etiam pupillo & ejus heredi similibusque personis competit actio de rationibus distrahendis, pœnalis mixta, perpetua, adversus tutorem, non item heredes ejus, quia pœnalis est, *leg.* 1. §. *pen. ff. h. t.* quoties tutor durante tutela ex bonis pupilli dolo malo quid intervertit, & ita rationes ejus turbavit, sive furandi animum habuerit, sive non, tendens ad duplum pœnale mixtum ejus, quod interversum est, *l. tres tutores* 55. §. *sed si ipsi* 1. *ff. de admin. & peric. tut. l.* 1. §. *rationibus* 19. *& seqq. ff. h. t.* Et quamvis illud quoque, quod interest, in hanc possit venire actionem, non tamen ipsum interesse duplicatur, sed tantum æstimatio rei per tu-

torem interversæ, *l.* 1. §. *rationibus* 19. & 20. *l.* 2. *pr.* & §. 1. 2. *ff. h. t.* Potest tamen cum hac actione etiam concurrere actio ex lege Aquilia, & furti, si furandi animus adfuerit, aliæque similes: & una intentata alteram non consumit, quatenus plus est in ea, qua nondum actum, *l.* 1. §. *hunc tamen* 22. *leg.* 2. §. 1. *ff. h. t.* Concurrit & tutelæ judicium, nec non condictio furtiva, & si hisce prius actum fuerit, actio quidem de rationibus distrahendis eatenus sublata est, quatenus rei persecutionem continet, *l.* 1. §. *in tutela* 21. *l.* 2. §. *quod si* 1. *ff. h. t.* non vero, quatenus pœnalis est; cum actio rei persecutoria prius mota pœnalem mixtam solummodo quantum ad rem, non quantum ad pœnam consumat, arg. *l. si pro fure* 7. §. 1. *ff. de condict. furt. l. unde quæritur* 7. §. 1. *ff. commodati*, Dissent. Cujacius *lib.* 8. *observ.* 24. *circa med.*

20. Quia vero jure civili tutela a curatione diversa erat, hinc & in tituli hujus inscriptione proponitur utilis curationis causa actio, etiam *utilis negotiorum gestorum actio*, appellata, *l. quicquid* 7. *C. arbitrium tutelæ*, & ad eadem tendens, ad quæ tutelæ actio comparata est, *d. l.* 7. *C. arbitr. tut.* arg. *l. alterius* 20. §. 1. *ff. h. t.* In quæstione autem, an hæc curationis causa actio etiam durante curæ administratione, an magis ea demum finita, moveri possit, distinguendum videtur, utrum curæ administratio certi temporis finem habeat, nec ne: si enim certo temporis spatio finis curationi a lege definitus sit, idem in hac, quod in tutelæ actione obtinet, statuendum puto: eam scilicet non nisi post finitam curæ administrationem intentari posse; prout id in cura minorum, anno ætatis, vigesimo quinto exspirante, contingit, ac de hac cura ætatis minoris agit, *l. adversus* 2. *l. rationes* 14. *C. de admin. tut.* Sin administrationis curatoris nullus certi ac definiti temporis finis a jure impositus sit, magis est, ut & cura etiamnum durante utilis curationis causa actio contra curatorem recte moveatur, nec idem in ea servetur, quod in tutelæ actione: qua ratione, quia incertum est, quando furiosus ad sanam mentem, aut prodigus ad sanos mores reversurus sit, actionem hanc ad rationes reddendas durante cura dari, Paulus docet *l. nisi finita* 4. §. *ult. ff. h. t.* Sed & si pupillo vel minori curator ad litem aliumve certum actum datus sit, durante adhuc administratione cum eo recte agitur; quia incertum est quantum usque temporis spatium lis trahenda aliusve actus producendus sit: ac de tali curatore agi in *l. si cum adhuc* 16. §. 1. *ff. h. t.* probabile ex eo est, quod pupilli & minoris curator ibi conjungitur, adeoque, cum pupillo regulariter non curator sed tutor detur, verisimile est. Jurisconsultum de tali tractare curatore, qui extra ordinem tum pupillo tum minori ad certum actum datus erat. Quomodo etiam in *l. cum curatore* 26. *ff. de admin. & peric. tut. l.* 1. §. *finito* 3. *ff. de contraria tut. & utili act.* Paulum & Ulpianum de eo agere curatore, qui furioso aut prodigo, vel alioquin ad certum actum datus est, cujusque officium certi temporis fine circumscriptum non erat, colligi ex eo potest, quod eum conjungunt illi, qui pro tutore negotia gerit; quem etiam manente administratione conveniri dicunt in *d. l.* 26. & *d. l.* 1. §. 3. non alia, ut opinor, de causa, quam quia etiam pro tutore negotia pupilli gerens certi temporis fini, respectu gestionis pro tutore, inclusus non est, sed ante pubertatem pupilli ab administratione ulteriore desistere potest, si modo necessarios pupilli præmonuerit, ut ei tutorem petant, *l.* 1. §. *ult. ff. de eo qui pro tutore prove curat. negot. gessit.* Aliter Cujacius *lib.* 17. *observ.* 7. distinguens inter generalem & specialem negotiorum gestorum actionem, ac negans, generalem durante cura posse competere, specialem posse, quamprimum commoda ejus, qui in cura est, neglecta sunt. Sed non animadverto, quare, si in generali cura minorum, certi temporis finem habente, specialis negotiorum gestorum actio dari posset eadem cura durante, non æque specialis illa actio durante pupilli tutela daretur: cum utique non magis minor durante tutela contra curatorem, quam pupillus durante tutela contra tutorem litigare queat, nisi auctore alio contutore aut concuratore, vel speciali ad litem curatore dato. Et quamvis utilis curationis causa actio in jure nostro *utilis negotiorum gestorum actio* appelletur, tamen ab ordinaria negotiorum gestorum actione in suis effectibus ita diversa est, ut magis cum actione tutelæ componenda sit, ejusque intentio ac finis magis illis juris regulis, quibus actio tutelæ, quam quibus negotiorum gestorum judicium, nitatur, arg. *l. quicquid* 7. *C. arbitr. tut. l. adversus* 2. *l. rationes* 14. *C. de admin. tut.* Præsertim si consideres, non tantum minori puberi, sed & impuberi posse curatorem dari, cujus administratio universalis est, & ad pubertatem æque, ac tutela, producitur, atque per pubertatem, æque ac tutela finitur, dum tutori suspecto, aut paupertino, aut aliter minus idoneo curator ex causa additur, juxta *l. si tutor* 9. *ff. de suspect. tut. l. pietatis* 6. *C. eod. t.* §. *pen. Instit. de curat.* Ne dicam ipsam quoque tutelæ actionem non ita generalem esse, quin & de certis speciebus, de quibus ante actum non fuerat, agi possit, *l. licet* 2. *C. de judiciis*, ac proinde natura ejus non impedit, quo minus æque, ac specialis actio negotiorum gestorum, de certa specie daretur, nisi obstaret illud, quod absurdum Romani putarunt, a tutore rationes administrationis reposci, in qua ad certi temporis finem adhuc perseveraturus est, *l. si tutor* 9. §. *et generaliter* 4. *ff. h. t.*

TITULUS IV.

De contraria tutelæ & utili actione.

SUMMARIA.

1. *Tutores ad indemnitatem a pupillis obtinendam non habent jus legali hypothecæ in bonis pupillorum, sed contrariam tutelæ actionem.*
2. *Cui & contra quos detur? an etiam, cum directo judicio pupillus non egit?*
3. *Ad quid tendat, an & ad usuras impensarum? An & ad ea, quæ ante cœptam tutelæ administrationem, vel post eam finitam a tutore erogata sunt? Et quid, si quid a patre pupilli tutori debitum fuerit, aut debitum tutori durante tutela extinctum sit?*
4. *An tutor impensas repetere possit, si illæ exitum felicem non habuerint? & quid de impensis in litem, in qua pupillus succubuit? Quid, si id solverit, ad quod non ipse, sed alterius regionis tutor conveniri potuit?*
5. *An repetat, si supra vires patrimonii pupillaris*

impenderit? Quid, si graviores fecerit, quam par erat, aut in sua causa fuisset facturus, sive in lite, sive in aliis?

6. *Si tutor nomine pupilli indebitum per errorem solverit, an & hoc contrario possit judicio repetere?*
7. *An contraria actione tutor repetere possit damna, suis rebus per pupillum illata? An et damna, quæ passus est casu, naufragio, vi latronum, dum iter pro pupillo instituebat?*
8. *Tutor etiam jure compensationis impensas aliquando recuperare potest. An rejecta compensatione adhuc ad contrarium judicium tutor transire possit?*
9. *Petit quoque hac actione tutor, sibi cedi actiones a pupillo contra reliquos contutores, sed cum distinctione: habet tamen & utiles sine cessione; & cur tutor magis, quam fidejussor?*
10. *Si tutor res suas pro pupilli debito obligaverit, vel ipse se pro pupillo devinxerit, mandando, fidejubendo, constituendo; recte petit, se aut res suas per pupillum liberari; quia ex mandato, fidejussione & constituto, æque ac ex expromissione post depositum tutelæ officium obligatus manet, & conveniri potest. Respondetur objectionibus Cujacii.*
11. *Etiam hac actione tutor cogit quondam pupillum, ut is tutelæ gestæ rationes recipiat.*
12. *De salario tutori constituendo, & quo remedio tutor constitutum consequatur? Quid moribus circa salarium obtineat, quantum tribuatur, quales tutores salarium petere nequeant?*
13. *De contraria utili curationis causa actiones.*

1. CUm officium, quod quis non sui sed alieni commodi causa susceperit, damnosum ei esse non debeat, quoties illud rite ac secundum præcepta legum implevit, *l. si servus* 61. *§. quod vero* 5. *in med. ff. de furtis*, *l. sed quis* 7. *ff. testam. quemad. aper. inspic. & describ. leg. videlicet* 29. *ff. ex quib. caus. majores*, ac tutores non semper post depositam administrationem in sua habeant potestate pupillorum bona, vel, si maxime haberent, non tamen eorundem retentione sibi possent consulere pro consequendis iis, quæ propter administrationem ipsis absunt, neque legalis hypotheca iis competat in rebus pupillaribus, sed actione directa conventi protinus omne residuum, reliqua omnia restituere compellantur, si termini habiles compensationis non sint, arg. *l.* 1. *§. præterea* 4. *ff. h. t.* Ant. Faber *Cod. lib.* 5. *t.* 34. *defin.* 1. merito contrariam tutelæ actionem prætor proposuit; induxitque in usum, ut facilius tutores ad administrationem accederent, scientes pupillum quoque sibi obligatum fore ex administratione, *l.* 1. *pr. ff. h. t.* Quamvis enim ex veris contractibus pupilli sine tutoris auctoritate non obligantur, nec in rem suam tutor obligare pupillum possit; attamen receptum est, ut tutori suo pupillus sine tutoris auctoritate civiliter obligetur, ex administratione scilicet, id est, non ex consensu aut conventione, sed ex re seu facto aliquo quasi contractum constituente, quatenus generaliter in illis casibus, in quibus ex re actio venit, pupilli & furiosi obligantur etiam sine tutore vel curatoris auctoritate, *d. l.* 1. *pr. ff. h. t.* junct. *leg. furiosus* & 46. *C. de oblig. & act. §. tutores* 2. *Instit. de oblig. quæ quasi ex contractu nasc.*

2. Est itaque actio tutelæ contraria prætoria, *l.* 1. *ff. h. t.* quæ datur tutori ejusque heredi, *l. quid ergo* 3. *§. ult. l. pen. C. h. t.* finita tutela, *l.* 1. *§. finito* 3. *ff. h. t.* adversus pupillum & ejus heredes ceterosque successores, *d. l.* 3. *ult. ff. h. t.* etiamsi forte pupillus ipse prior directo tutelæ judicio non egerit, tum nihil ipsi debitum erat, *l. ult. C. h. t. l.* 1. *§. ult. ff. h. t.* vel tutor in quibusdam pupilli negotiis male versatus, eaque de causa vel remotus fuerit ut suspectus, vel actione de rationibus distrahendis, aut furti, aliave simili conventus; cum nihil prohibeat, tutorem suspectum esse, & tamen complura in rem pupilli impendisse, quæ eum amittere non oportet, *l. longe* 2. *l. d. tutela* 4. *ff. h. t.*

3. Tendit vero generaliter ad id, ut tutor indemnis servetur, adeoque ante omnia consequatur sumtus, quos de suis bonis in pupillum ejusque patrimonium ex officio impendit, aut in debiti pupillaris erogavit exsolutione, aut in litem vel viatica, cum aliquo excurrere ex officio necesse habuisset, *l.* 1. *§. item sumtus* 9. *ff. de tut. & rat. distrah. l.* 1. *pr. & §. præterea* 4. 5. *ff. h. t. l. ult. in fine C. h. t. l. sumtus* 3. *C. de admin. tut.* una cum usuris, vel trientibus, vel talibus, quæ in regione frequentantur, quibusve nummos ipse mutuo accepit, si id facere necesse habuerit, idque etiam post finitam tutelam, donec pecunia ei restituta fuerit; nisi otiosos habuerit pupilli nummos, ex quibus sibi maturius solvere potuit, *l. quid ergo* 3. *§.* 1. 2. 3. 4. 5. 6. *ff. h. t. l. & in contraria* 37. *ff. de usuris.* Nec interest, utrum tutela adhuc durante, an vero post finitum tutelæ officium, vel etiam ante illud inchoatum a tutore impensum sit: si modo contigerit erogatio ante vel post in talia negotia, quæ tutelæ administrationi susceptæ aut suscipiendæ connexa erant, vel etiam ab eo tanquam pro tutore ante delatam vere tutelam, *l. quid ergo* 3. *§. judicio* 8. *ff. h. t. l. si tutor* 13. *ff. de tutela & ration. distrab. l. tutorem* 37. *§. secundum* 1. *ff. de admin. et peric. tut.* Montanus *de tutelis cap.* 40. *num.* 28. 29. nam si post finitam demum tutelam gesta negotiis tutelæ connexa non sint, magis contraria negotiorum gestorum actio danda foret, *d. l.* 13. *et l.* 14. *ff. de tut. et ration. distrab.* uti vice versa, si quid tutori a pupillo parenteve ejus debitum fuerit ante delatam tutelam, antiqua id eum actione persequi oporteret, veluti certi condictione, si mutuum dederit; nisi tale quod debitum fuerit, ad quod actio competens tempore administrationis adhuc durantis extincta fuit, dum creditor, quia tutor erat, non fecerat debiti exactionem; tunc enim in subsidium contrario tutelæ judicio experiri posset, eo quod tale debitum propter tutelæ administrationem ei obest, *l.* 1. *§. an in hoc* 5. 6. 7. *ff. h. t.*

4. Neque obstabit tutori hoc judicio contrario agenti, quod forte nullum ex hujusmodi sumtibus emolumentum pupillus senserit; sufficit enim, quod commodum inde sperabatur adventurum ex communi hominum æstimatione, nec tutori (qui casus fortuitos haud præstat) imputandum, si adversum intentioni exitum habuerit id, quod bona fide & diligenter gestum fuit; quod judex arbitrabitur, *l. quid ergo* 3. *pr. et §. sufficit* 7. *ff. h. t. l. plane in ceteris* 38. *in fine ff. de petit. heredit.*, arg. *l. sed an ultro* 10. *§. is autem* 1. *ff. de negot. gestis*, *l. qui*

mutuam 56. §. ult. ff. mandati, l. servus in rem 17. pr. ff. de in rem verso. Unde & tutor jure civili non destituebatur facultate repetendi sumtus, quos in litem probabilem, bona fide motam, fecerat, etiamsi forte succubuisset, arg. l. quotiens 9. §. nec utique 6. ff. de admin. et peric. tut. quod tamen moribus nostris vix admittitur, nisi tutor ad litem dubiam movendam aut excipiendam magistratus decreto munitus sit, ut dictum tit. de admin. et peric. tut. num. 12. Sed nec tutori impensas repetenti obstabit, quod ipse non potuit sententia judicis invitus compelli ad solvendum illud pupillare debitum, quod ab ipso solutum est, cum satis sit, quod pupillus ipse naturaliter & cum affectu conveniri potuit. Constat utique, tutorem rerum Italicarum ad debitum provinciale solvendum non posse constringi, quando alius rebus provincialibus tutor datus est, sed perinde haberi talis debiti intuitu, ac si tutelæ administratio ei commissa non esset, l. si duo 51. ff. de admin. et peric. tut. l. ult. Cod. de auctorit. præstanda, arg. l. vel in partes 4. l. Titium et Mævium 47. §. tutores 2. ff. de admin. et peric. tut. l. de curatore 2. §. si plures 2. ff. de curat. bonis dando, si tamen de facto per creditorem provincialem conventus, eidem solverit, nihil impedit, quo minus id contrario tutelæ judicio a pupillo reposcat, d. l. Titium 47. §. ult. ff. de admin. et peric. tut. sicut recte imputaretur in tutelæ rationes, quod a tutore provinciali debitum, tutori Italico agenti compensatum fuit, juxta l. inter tutores 36. ff. de admin. et peric. tut.

5. Quod si tutor amplius impenderit, quam patiebantur vires patrimonii pupillaris, ita demum hoc repetit, si id fieri pupillo expedierit vel prætoris recte admoniti atque instructi decreto impensæ factæ sint, l. quid ergo 3. in pr. ff. h. t. l. officio 2. §. 1. 2. ff. ubi pupillus educ. vel morari deb. Adde tit. ubi pup. educ. deb. num. 2. Plane, si superfluas in expediendis pupillaribus negotiis impensas fecerit, quas propriis in rebus non fuisset facturus, si in causa pupillari eques cum comitatu iter eo instituerit, quo in causa propria solus & pedes ire solebat, si immodicos in lite prosequenda, in funerando pupilli patre, aliisque, sumtus insumserit; hoc contrario judicio non consequitur, cum non in hoc administrentur tutelæ, ut pupilli ære alieno mergantur, sed ut ipsi cum suo patrimonio salvi sint, arg. d. l. quid ergo 3. pr. et §. judicio 8. Cod. h. t. l. quotiens 9. §. nec utique 6. ff. de admin. & peric. tut. l. non est ignotum 6. C. de admin. tut. d. l. officium 2. pr. ff. ubi pupill. educ. vel morari deb. l. 1. §. præterea 4. & 5. ff. de tutel. & ration. distrah. Montanus de tutelis cap. 40. num. 43. et seqq. Wesembecius ad Pand. h. t. n. 4. in med.

6. Sed &, si quid indebite pupilli nomine solutum fuerit, id uti in rationes relatum pati pupillus non tenetur, aut ratum habere, ita quoque contrario judicio tutor repetere non potest, l. tutor secundum 13. §. ult. l. sine herede 32. §. Lucius 6. ff. de admin. et peric. tut. Licet enim in casu, quo quid indebite per tutorem pro pupillo solutum est, non tutori sed pupillo danda dicatur conditio indebiti, l. si procurator 6. §. ult. l. cum indebitum 57. ff. de condict. indeb. ac ob id etiam pupillus actionem illam habens, videretur velle locupletior fieri cum tutoris jactura, si soluti talis indebiti imputationem aut restitutionem tutori denegaret: tamen si consideres, ita demum pupillo competere indebiti condictionem, si indebitum tale solutum in pupilli rationes jam relatum, & ab eo, per errorem, tanquam vere debitum, comprobatum fuerit; non vero, quando in rationes pupilli non relatum aut ratum habitum non est, quippe quo casu magis ipsi tutori condictio indebiti danda foret, l. ult. §. 1. ff. de condict. indebiti. (Adde t. de condict. indeb. n. 8.) intelligi facile potest, pupillum invitum compelli non oportere, ut indebite solutum in rationibus ferat, aut tutori restituat, si pati velit, aut ipse tutor indebiti condictione soluta reposcat.

7. Erogatis per tutorem tutelæ nomine accedunt proxime damna, quæ tutor suis in rebus occasione tutelæ gestæ a pupillo passus fuit: nam si pupillus ex quasi contractu teneatur actione communi dividundo, quando in re sibi cum alio communi damna dedit, l. furiosus 46. ff. de oblig. et act. nulla ratio est, cur non etiam in hoc tutelæ administratæ quasi contractu ad damni a se in rebus tutoris dati reparationem tutori contrario judicio damnandus esset. Quod si non a pupillo, sed ab alio, vel etiam casu, officii tamen occasione, læsus sit, veluti si in itinere pro pupillo suscepto in latrones inciderit, ac non spoliatus tantum sed & vulneratus, in medicos & chirurgos quædam impenderit, aut naufragium passus res suas amiserit, & in genere damna talia sustinuerit, quæ non subiisset in rebus suis, si munere tutelæ functus non fuisset; magis est, ut hæc quoque omnia ei contrario tutelæ judicio per pupillum reparanda sint. Si enim socius ad merces comparandas profectus, & ex commemoratis supra causis damnum passus, indemnitatem a socio jure petat, seu societati hoc damnum jure imputet, l. cum duobus 52. §. quidam sagariam 4. ff. pro socio. Si mandatarius & depositarius furtum passus a servo apud se deposito, vel ex voluntate mandantis emto, plenissimam indemnitatem consequi debeat; sic ut mandans aut deponens liberari nequeat noxæ dando, ne officium, utcunque sponte susceptum, damnosum sit; quia justissime mandatarius ac depositarius allegaturus est, non fuisse se illud damnum passurum, si mandatum aut custodiam rei non suscepisset, l. si servus 61. §. quod vero 5. Cod. de furtis. Longe magis tutori subveniendum, qui non sponte, sed juris necessitate coactus, ad tutelæ munus accessit, & ita in itinere suscepto damnum passus est: si modo nulla notabilis culpa ejus, aut temeritas manifesta argui possit; nam si fervente tempestate ex portu solvens naufragium passus sit, vel viis inviis, non regiis, præter viatorum consuetudinem usus fuerit, vel præmonitus, viam latronibus infestam esse, eandem nihilominus sine justo armatorum comitatu ingressus atque ita spoliatus sit, est quod suæ culpæ damnum tale acceptum ferat, frustra eo nomine de indemnitate per contrarium judicium experturus, arg. l. quod quis ex culpa 203. ff. de reg. jur. l. idem quæritur 13. §. 1. 2. ff. locati. Confer Responf. Jurisc. Holl. par. 4. consil. 385. Nec hisce adversatur, quod Paulus JCtus scripsit, mandatarium non omnia, quæ impensurus non fuisset, mandatori imputaturum, veluti, quod spoliatus sit a latronibus, aut naufragio res amiserit, aut languore suo suorumque apprehensus quædam erogaverit; quia hæc magis casibus, quam mandato imputari oportet, l. inter causas 26. §. non

omnia 6. *ff. mandati*. Etenim primo quidem inter tutorem & mandatarium ea diversitatis ratio est, quod magis tutori necessarium officium gerenti, quam mandatario sponte sese ad negotia aliena tractanda obliganti, consulendum fuerit. Sed & secundo rigorem illius *legis* 26. §. 6. moribus hodiernis abrogatum esse, plurium auctoritate adstruxi *in tit. mandati n.* 13. *in fine*.

8. Quod autem contrario tutelæ judicio recuperare tutor potest, etiam compensationis jure sibi servare prohibitus non est, si modo termini habiles compensationis inveniantur, debitæ scilicet utrimque quantitatis ejusdem generis; iis enim deficientibus, etiam compensationis objectæ ratio a judice habenda non est, sed tamen post rejectam compensationem tutori tunc contrarium tutelæ judicium adhuc salvum est ad recuperanda ea, quæ pensationis jure servari non poterant; nisi judex ideo compensationem judicaverit rejiciendam esse, quod improbas adeoque reprobandas censebat reputationes, jure pensationis a tutore petitas; quippe quas tunc nec contrario deberet judicio judex resarcire, ubi tutor compensationi ob eam causam rejectæ acquievit, *l.* 1. §. *præterea* 4. *ff. h. t.* arg. *l. quod in diem* 7. §. 1. *ff. de compensat. l. si autem* 8. §. *si quocunque* 2. *ff. de negot. gest.* Adde *t. de compensation. n.* 19.

9. Præter expensas tutor insuper hac actione petit, actiones sibi cedi adversus contutores, quoties ex culpa communi damnatus est, non quoties ex sua, multoque minus, si ex proprio vel communi dolo; cum justum sit, eum culpæ propriæ propriique vel communis doli pœnam subire, nec ulla maleficiorum societas aut communicatio damni ex maleficio justa existimetur, *l.* 1. §. *et forte* 13. *et* 14. *ff. de tutela et ration. distrah. l. si non ex propria* 2. *C. h. t. cum interdictæ* 6. *in fin. C. arbitr. tutelæ*, Montanus *de tutelis cap.* 39. *n.* 142. *et seqq.* Brunnemanus *ad l.* 2. *C. de divid. tut.* Quamvis & sine cessione utiles actiones intentare tutor possit adversus contutores ex D. Pii constitutione *l.* 1. §. *et si forte* 13. *ff. de tut. et rat. distrab. l. si non* 2. *C. h. t.* quod tamen fidejussoribus datum non est, qui proinde cessione actionis indigent adversus confidejussores: magis namque succurrendum videbatur tutoribus, qui inviti necessario funguntur officio, quam fidejussoribus sponte sua sese alienæ immiscentibus obligationi.

10. Sed & si pro pupillo tutor vel rem suam pignori obligaverit creditoribus pupillaribus, vel semet ipsum iis pro pupillo reddiderit obnoxium, sive proprio nomine constituendo, sive fidejubendo, sive mandando, sive expromittendo, contrario hoc judicio recte desideratur, ut pupillus rem tutoris a nexu pignoris liberet, ipsumque tutorem a suscepta in usus pupilli obligatione, §. *tutores* 2. *in fine Instit. de oblig. quæ quasi ex contractu nasc. l. si quis absentis* 5. §. *tutelæ* 1. *ff. de oblig. & act.* non enim necesse est, ut post finitum tutelæ officium prius tutor pro pupillo solvat, ac postea demum soluta recuperet, sed & ante solutionem recte contendit, ut indemnis præstetur; cum id ei abesse videatur, in quo obligatus est, *l. ult. ff. h. t.* arg. *l. si quis mandatu* 28. *ff. de negot. gestis*, *l. si mandatu* 45. *in pr. ff. mandati*, ut proinde cavendum hac in parte sit a Cujacio, qui *lib.* 26. *observat.* 20. statuit, tutorem tantum ante solutionem agere posse ut liberetur, si novatione facta expromiserit pro pupillo, & in se transtulerit obligationem; quasi eo solo in casu posset finita tutela conveniri: cæterum si simpliciter citra novationem pro pupillo fidejusserit, vel mandaverit, vel se soluturum constituerit, eum inde finita tutela a pupilli creditoribus conveniri cum effectu non posse, adeoque etiam frustra contrario contendere tutelæ judicio, ut ab obligationibus hisce liberetur. Et ut id evincat, adducit *l. post mortem* 5. §. 1. *ff. quando ex facto tutoris vel curat. minor. agere &c. l. tutor pro pupillo* 28. *ff. de admin. & peric. tut. l. cum quadam* 26. *C. eod. t. l. ult. §. ult. ff. ut legat. seu fideic. servand. causa caveatur*, quibus tamen legibus nihil tale continetur. Etenim in *l. cum quadam* 26. *C. de admin. tut.* nulla vel minima intercessionis tutorum pro pupillis mentio, sed tantum constituitur, *generaliter post officium depositum omnes actiones, quas tutor vel curator ex necessitate officii subierit, in quondam pupillum vel adultum transferri*, adeoque tutorem ex iis, quibus a pupillo gestis suam accommodavit auctoritatem, quæve ipse nomine pupilli vel adulti contraxit, aut fecit urgente officii necessitate, non post finitam tutelam vel curam conveniri: nulla vero officii necessitate tutor dici potest compulsus ad id, ut pro debitis pupillaribus vel res suas, vel semetipsum tanquam fidejussorem, aut constitutorem, aut mandatorem devinciat; quippe nulli futurus obnoxius directo tutelæ judicio, si se aut sua detrectaverit pro pupillo obligare. Simili modo in *d. l.* 28. *ff. de admin. et peric. tut.* non aliud asseritur, quam tutorem, si pupillo in jus vocatus solemniter caverit de sistendo, & inter moras puer ad pubertatem pervenerit, non esse cogendum accipere judicium: & merito: cum non nisi ex officii necessitate judicium ab adversario pupilli motum pro eo excepisset; at nequaquam pro pupillo fidejussisset, sed potius pro se ipso fidejussorem de sistendo dedisset, tanquam tutor, qui pupilli in judicio conventi defensionem suscipere obstrictus erat. Minus urget, quod in *d. l.* 5. §. 1. *ff. quando ex facto tutoris* Papinianus scripsit, *tutorem, qui pecuniam se soluturum cavit, quam pater pupilli condemnatus fuerat, actionem post finitam tutelam recte recusare*. Nam nec eo in casu tutor pro pupillo fidejusserat aut constituerat, aut suo nomine sese obligaverat, sed tanquam tutor pupilli, pupillumque repræsentans, promiserat, se judicato satisfacturum, ad quod cum ex officii necessitate obstrictus esset, ne pupillus alioquin ex judicati executione damnum pateretur, non amplius officio finito ex tali promissione, nomine officii facta, conveniendus erat, juxta *d. l.* 26. *C. de admin. tut. et l. ult. ff. de institoria act.* Et quod non suo, sed pupilli nomine tutor in *d. l.* 5. §. 1. promissionem fecerit vel inde manifestum est, quod in verbis sequentibus *d. l.* 5. §. 1. Jurisconsultus demum incipit casum proponere, quo tutor suo nomine quid contraxerat, puta, mutuam pecuniam acceperat, & judicato ex illis nummis pro pupillo satisfecerat, in eoque non idem, quod in superiore facti specie, sed diversum placuisse notat, tutorem nempe tunc, quia suo nomine contraxerat, non posse post finitam tutelam recusare certi ex mutuo condictionem. Non etiam quicquam facit *d. l. ult. §. ult. ff. ut legat. seu fideic. servand. causa caveatur*, utpote in qua tutor pupilli, simulque coheres ejus, absente pupillo in so-

lidum quidem legatariis cavisse dicitur; sed an id in solidum suo tantum nomine fecerit, an vero partim suo nomine tanquam heres, partim tutorio nomine pro pupillo coherede suo, illic verbis apertis definitum non fuit; sicut nec illud, quod tutor post officium depositum in solidum, adeoque etiam pro parte pupilli quondam coheredis sui, conveniri posset ex ista promissione. Magisque est, ut *d. legem ult.* §. *ult.* accipiamus de tutore, qui partim suo, partim pupilli absentis nomine legatariis promiserat, atque ita facto suo se tantum pro parte, pupillum vero pro altera parte voluit obligare; cum in illa lege dicatur, utilem ex tali promissione actionem dandam esse in pupillum jam adultum, tanquam ex facto tutoris obligatum: qualis interpretatio etiam haud leviter ex eo juvatur, quod Scævola (qui & *d. l. ult.* auctor est) in *l. ult. ff. quando ex facto tut. vel curat. minor. agere*, totidem prope verbis repetitis quæstionem eandem proponit atque decidit, tamquam pertinentem ad illam disputationem, an, & quando minor ex facto tutoris agere vel conveniri possit. Non obstat denique, quod in *l. curatores* 3. §. *in eum* 2. *ff. de admin. rer. ad civit. pertinent.* statuitur, in eum, qui administrationis tempore creditoribus reipublicæ novatione facta pecuniam cavit, post depositum officium actione denegari non oportere: diversam autem causam ejus esse, qui solvi constituit. Differentia enim inter novantem & constituentem rei publicæ administratorem illic merito constituitur, quia non suo sed reipublicæ nomine, tanquam administrator, debitum constituerat, adeoque non se, sed rempublicam tali constituto voluit obligatam, eodem modo, quo non se sed rempublicam obligat, cum publice vendit aut locat res ad civitatem seu rempublicam pertinentes; unde & in *d. l.* 3. §. 2. administrator constituens locanti publice aut vendenti comparatur. Ex quibus intelligi potest, non tam male, uti quidem Cujacius opinabatur, hac in parte tutorem, qui pro pupillo fidejussit, a reliquis fidejussoribus separari.

11. Quod si pupillus pubes factus in rationibus tutelæ a tutore recipiendis moram faciat, etiam contrario hoc judicio eum ad rationes recipiendas compelli posse, dubium vix est, arg. *l.* 1. §. *ult. ff. b. t.* usque adeo, ut & deposito officio tutor suo quondam pupillo curatorem petere a magistratu possit, ut ejus auctoritate rationes reddantur, *l. admone* 7. *Cod. qui pet. tut.* Mugnoz de Escobar *de ratiociniis cap.* 4. *num.* 24.

12. Etsi vero tutelæ munus fere gratuitum sit, tutoresque admonendi, ut gratis administrent; causa tamen cognita vel propter tutoris inopiam, vel propter magnas administrationis molestias, tutori non modo per testatorem, qui eum testamento dedit, sed & per magistratum posse salarium alioquin pro modo facultatum pupillarium constitui, dubium non est, *l. a tutoribus* 33. §. *ult. ff. de admin. & peric. tut.* quod tamen non tam contrario tutelæ judicio, quam potius extraordinaria persecutione petendum videtur, arg. *l. salarium* 7. *l. qui mutuam* 56. §. *pen. ff. mandati l.* 1. *pr. &* §§. *seqq. ff. de extraord. cognit.* si scilicet per compensationem non potuerit tutori salvum esse. Moribus sane nostris salarium tutoribus assignari frequens est, adeo ut, si nobilium familiarum tutores sint nobiles, administratorem rerum pupillarium constituere suo loco possint, qui quidem ipsorum tutorum periculo administrat, sed tamen ex rebus pupilli salarium percipit, modo illud quadragesimam accepti & expensi partem haud egrediatur, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 9. *n.* 17. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 18. *n.* 20. *& lib.* 3. *cap.* 26. *n. ult.* Quin imo omnibus tutoribus sive testamentariis sive legitimis sive dativis salarium arbitrio magistratus assignari posse, quoties illud petunt, si patrem, matrem, avum, aviam excipias, auctor est Hugo Grotius *d. l.* 1. *cap.* 9. *n.* 15. 16. 17. Responsa Juriscons. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 25.

13. Præter actionem tutelæ contrariam est etiam contraria actio utilis curationis causa, curatoribus competens, & contrario tutelæ judicio similis; *l.* 1. §. *sed &* 2. *ff. b. t.*

TITULUS V.

De eo qui pro tutore, prove curatore negotia gessit.

SUMMARIA.

1. *Quot modis quis possit pro tutore se gerere? & quales videantur quidem procuratores esse, sed non sint?*
2. *Quid sit directa actio* protutelæ, *& ad quid tendat? An protutor teneatur etiam de non gestis? quid agere debeat, si nolit amplius pro tutore negotia gerere?*
3. *De contraria actione protutelæ; ad quid tendat? Alienatio a protutore facta nulla est: & protutor durante administratione potest conveniri actione protutelæ: ac, si pro pupillo agat, repelli potest.*

1. Tutores & curatores vel veri sunt vel falsi, qui scilicet, cum vere tutores non essent, pupillaria tamen negotia tanquam tutores administrant, unde & dicuntur *pro tutore gerere*; dum vel in bona fide constituti putarunt, se tutores revera fuisse creatos, vel noverunt quidem, se tales non esse, & tamen esse fingunt, *l.* 1. §. *pro tutore* 1. *ff. b. t.* sive sponte se ingerant administrationi, sive a prætore negotia pupillaria tanquam tutores, cum non essent, tractare compulsi sint, *l.* 1. §. *si curator* 7. *ff. b. t.* Sed & si talis tutela non jure delata erat, quales servi pro liberis se gerentes, milites, mulieres, vel testamento matris aut aliter ita dati, ut confirmatione indigeant, quæ tamen interposita non est, pro tutore negotia gerere intelliguntur, *l.* 1. *C. b. t. l.* 1. §. *proinde* 2. *ff. b. t. l.* 1. *l. mater* 4. *Cod. de testam. tut.* sicut & illi, qui, cum tutores veri fuissent, sed desiissent esse, impuberis negotia gerunt, *l.* 1. §. *quare* 4. *ff. b. t.* quive, cum recte testamento tutores dati essent, tutelam gesserunt, ignari se testamento datos esse: eo quod ad id, ut quis tanquam verus tutor actione tutelæ teneatur, necesse est, ut sciat quoque, se tutorem esse, *l. quæro* 3. *ff. b. t.* Non tamen ut protutores tenentur, qui tanquam tutores gesserunt negotia eorum, qui in tutela esse nequeunt, veluti puberum, aut servorum, aut eorum, qui adhuc sunt in utero, sed potius termini habiles tutelæ requirunt, *l.* 1. §. *si quis* 6. *ff. b. t.* uti nec, qui mandato veri tutoris pupilli negotia administrarunt; idque istis in

casibus negotiorum gestorum actio pupillo in pupillum datur, *l. qui pupillæ 4. C. de negot. gest. d. l.* 1. §. 6. *ff. h. t.*

2. Ex hac gestione pro tutore actio protutelæ nascitur, directa & contraria. Directa est actio personalis bonæ fidei, competens pupillo & ejus heredibus, adversus protutore gerentem & ejus heredem, ad id, ut pupillo reddat rationem administrationis suæ, & præstet id quod interest, eamque in rebus pupillaribus fidem atque diligentiam, ad quam & veri tutores obstricti sunt, *l.* 1. *pr. l. pen. ff. h. t.* unde non modo de gestis tenetur, sed & de non gestis, si modo attigerit ea, quæ non gessit, aut, cum non attigisset, alius ea gesturus fuisset, qui nunc, quod alium gerere videret, destitit, *l.* 1. *§. ult. ff. h. t.* arg. *l. si pupilli* 6. *§. ult. l. sed & cum* 16. *ff. de negot. gestis.* Quod si primo quidem se tutorem crediderit, deinceps vero errore comperto velit desistere, necessarios pupilli tenentur certiores reddere, ut illi tutorem pupillo petant, *d. l.* 1. *§. ult. ff. h. t.*

3. Contraria protutelæ actio protutori datur contra pupillum, ad id, ut exemplo veri tutoris indemnis servetur, *l. ult. ff. h. t.* Et generaliter in protutoribus ac protutelæ actionibus eadem fere, quæ in veris tutoribus & tutelæ judicio recepta sunt, etiam quantum ad usuras ex mora, *l.* 1. *pr. & §.* 6. 8. *leg. pen. & ult. ff. h. t. l. si falso* 10. *ff. quod falso tutore auctore gestum esse dicitur*, eo excepto, quod rerum pupillarium alienatio a protutore facta non sit valida, uti quidem est ea, quæ fit a tutore, *l. si is, qui* 2. *ff. h. t. l. qui neque* 8. *ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura, l. Titium* 57. *§. a matre* 3. *ff. de admin. & peric. tut.* quodque protutelæ actio ad hoc durante administratione locum habeat, *l.* 1. *§. cum eo* 3. *ff. h. t. leg. cum curatore* 26. *ff. de admin. & peric. tut. l.* 1. *§. finito* 3. *ff. de contrar. tut. & utili act.* ex ratione quæ in *t. de tut. & rat. distrah. num. ult.* exposita est, ac denique protutor agens pro pupillo personali exceptione tutoris illegitimi a limite judicii repelli possit; cujus contrarium in tutore servari, expeditum est, *l.* 2. *ff. h. t.* ibique Brunnemannus & vulgo DD. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 17. *n. ult.*

TITULUS VI.

Quod falso tutore auctore gestum esse dicetur.

SUMMARIA.

1. *Qui auctore falso tutore contraxit cum pupillo, ignorans eum falsum esse, restitui potest contra talem contractum. Quæ sit vera ratio, & quis finis hujus restitutionis? An detur, si prætor decreverit, se ratum habiturum contractum pupilli, auctore falso tutore celebratum? An restitui possit, qui scivit, tutorem falsum esse? An, qui contraxit auctore vero & falso tutore?*

2. *An falsus tutor sciverit, an ignoraverit, se non esse tutorem, nihil interest quantum ad restitutionem. Sed qui scivit, se tutorem non esse, & tamen dolo auctor sit, tenetur actione in factum illis, qui ita cum pupillo contraxerunt, ut & ipsis pupillis. Quæ sit natura harum actionum? Quid juris, si quis dolo malo persuaserit alteri, ut is credat, se tutorem esse, & auctor fiat?*

1. PRæter differentias inter verum tutorem & eum, qui pro tutore negotia gerit, superiori titulo enarratas, alia insuper hoc tit. proponitur, quod nempe is, qui auctore vero tutore cum pupillo contraxit, firmiter semper obligatus maneat, nec adversus contractum suum ordinario ullo aut extraordinario remedio juvari possit; cum tamen aliquando ei, qui auctore falso tutore contraxit, succurratur: si enim contrahens eum, cujus auctoritate cum pupillo contrahebat, verum putaverit tutorem esse, prætor ei in integrum restitutionem ex capite justi erroris indulget, ne falsi tutoris auctoritate deceptus in damno hæreat, *l.* 1. *pr. & §. ult. ff. h. t.* junct. *l. sive per status* 2. *ff. de in integrum restit.* nisi prætor decreverit, se id, quod auctore falso tutore geritur, ratum habiturum esse, quatenus tunc valebit per prætoris tuitionem, non ipso jure, *l.* 2. *§. itidem* 5. *ff. h. t.* Scilicet, ut hujus restitutionis causa & finis, qui mea quidem opinione perperam vulgo concipitur, magis elucescat, ex juris principiis in aperto est, pupillum sine tutoris auctoritate contrahentem alios quidem sibi obligatos efficere, at ipsum iisdem vicissim non obligari, *pr. Instit. de auctorit. tut.* cumque paria in jure sint, aliquid non fieri, necesse erat, ut contractus auctore falso tutore per pupillum cum alio celebratus perinde haberetur, ac si sine tutoris auctoritate initus esset; ac proinde is, qui cum pupillo ita contraxerat, ipse quidem pupillo efficaciter tenebatur, sed pupillum sibi non habebat obligatum, quippe ex cujus latere contractus sine tutore celebratus ipso jure nullus erat. Sed quia justa ignorantia excusationem merebatur, etiam ob id inter justas restitutionis causas recensita, prætor tali, cum pupillo ex falsi tutoris auctoritate contrahenti, ac in bona fide posito, succurrendum censuit, dando ei restitutionem, ad id, ut non magis ipse pupillo obligatus maneat ex tali contractu, quam ipse pupillus ei tenebatur, adeoque liberetur ab illa obligatione ex rigore juris ita claudicante. Et hinc, cum prætor decrevisset, se id, quod falso tutore auctore gerebatur, ratum habiturum, restitutio denegata fuit, in *d. l.* 1. *§.* 5. *ff. h. t.* cum enim tunc pupillum efficaciter haberet obligatum is, qui auctore falso tutore cum eo contraxerat, (non ipso quidem jure, sed prætoris tuitione, ut habet *d. §.* 5.) non apparebat amplius ulla æquitatis ratio, cur is, qui sic cum pupillo contraxerat, pupillo non maneret obligatus, quem ipse sibi tuitione prætoria vicissim jam habeat devinctum. Quod si contrahens sciverit, eum, qui auctoritatem interponebat, tutorem non esse, aut saltem auctoritatem interponere non potuisse, quia furiosus erat, aut ad aliam regionem datus, aut talis, cui suspecto postulato administratio interim interdicta fuit, juxta *l.* 1. *§. verbis* 2. *ff. h. t. etsi pluribus* 4. *ff. de auctor. & cons. tut.*) non restituitur; cum non tam ab alio deceptus fuerit, quam se ipse deceperit, *l.* 1. *§. ult. ff. h. t.* nisi vel pupillus fuerit, qui sciens contraxit, vel minor, vel, cum major esset, cogente prætore cum falso tutore sciens contraxerit, vel denique dictum quidem ei sit, falsum tutorem esse, sed bona fide id non crediderit, *l.* 2. 3. 4. 5. 6. *ff. h. t.* Plane, si quis duorum auctoritate cum pupillo negotium gesserit, quorum alter verus, alter falsus tutor erat, restitutioni locus non est, *l.* 1. *§. Pomponius* 3. *ff. h. t.* quia unius tutoris auctoritate, licet plures sint, pu-

pillis obligari potest, *l. etsi pluribus* 4. *ff. de auctorit.* & *con. tut. l. ult. C. de auctor. præstanda*, atque ita cessat hic quoque ratio, cur contrahens cum pupillo non maneret obligatus pupillo, quem sibi ipse habeat obligatum.

2. Utrum autem is, qui auctoritatem accommodavit, sciverit se tutorem non esse, an ex adverso bona fide se tutorem crediderit, quantum quidem ad hanc attinet restitutionem, parum refert: sed tamen, in eo interest, quod bona fide pro tutore se gerens, & auctoritatem interpones pupillis tantum ordinario protutelæ judicio teneatur, nulla vero actione illis, qui ea auctore pupillo scientes aut ignorantes conventionem iniverunt; cum e contrario is, qui scivit se tutorem non esse, & nihilominus pupillo per dolum ac decipiendi animo (non item compulsus a prætore, vel ex metu, ne compelleretur) auctor factus est, quasi tutor esset, actione in factum teneatur ei, qui ignorans cum pupillo contraxit, ad id quod interest, *l. novissime* 7. *pr.* & §. 1. 2. 3. *ff. h. t.* sicut & ipsi pupillo simili in factum actione utili, si is inde læsus sit, *l. ult. ff. h. t.* Quod si quis ipse auctor factus non fuerit, sed dolo malo alium induxerit, ut ille se tutorem crederet, & ita suam accommodaret auctoritatem, in eum quoque in factum actio, superiorum exemplo, datur; *l. hujus* 9. *ff. h. t.* Harum vero trium in factum actionum ea natura est, quod ex parte actoris rei persecutoriæ sint, ex parte rei pœnales, & ob id heredibus quidem ceterisque successoribus, sed non in heredes, neque ultra annum dentur, *l. hujus* 9. §. 1. *ff. h. t.* quodque in casu, quo plures dolo malo auctores facti sunt, cum tutores non essent, actiones hæ contra singulos in solidum dentur, sed uno solidum solvente reliqui liberentur; aut si primus conventus non totum præstiterit, reliqui in id tantum, quod deest, conveniendi sint, *l. novissime* 7. §. *ult. l.* 8. *ff. h. t.* Si servus pro tutore ita se gesserit, noxale in dominum judicium est, *l. hujus actionis* 9. §. 1. *ff. h. t.*

TITULUS VII.

De fidejussoribus & heredibus tutorum & curatorum.

SUMMARIA.

1. *Fidejussores tutorum qua actione, & ad quid teneantur? An & de iis, quæ tutores post finitam tutelam gesserunt? An habendi pro fidejussoribus si præsentes passi sint sua nomina tanquam fidejussorum in acta referri? An & quousque gaudeant divisionis beneficio ex sua aut tutoris persona?*
2. *Si fidejussor unus solidum solverit pupillo, an, & quando petere possit sibi actiones contra contutores illius, pro quo fidejussit, ut & contra suos confidejussores?*
3. *Tenentur etiam nominatores tutorum, sive privati sint, sive ex officii necessitate nominaverint? Quid moribus?*
4. *Quando heres tutoris ex proprio facto teneatur, ac qualem culpam propriam præstet? an & quo usque negotia judicialia & extrajudicialia per defunctum cœpta teneatur perficere?*
5. *Prolixe disputatur, an heredes tutorum & heredes magistratuum teneantur ex dolo tutoris defuncti, si iis cum defuncto non fuerit contestata, ne aliquid ex dolo defuncti ad heredes pervenerit? An in jure per culpam dolo proximam designetur culpa lata, an levis?*
6. *Probatur, olim actiones bonæ fidei ex contractibus ob dolum defuncti in solidum in heredes competiisse: contra vero actiones, quæ non erant bonæ fidei, sive in rem sive in personam, sive ex contractu, sive ex delicto, non aliter ex dolo defuncti in heredem fuisse datas, quam si lis cum defuncto contestata fuisset, vel aliquid ex dolo defuncti ad heredem pervenisset, vel nominatim de dolo stipulatio fuisset interposita. Sed id jure posteriore civili fuisse mutatum, nec actiones bonæ fidei ex contractu ob dolum defuncti in heredem in solidum dari: & quæ fuerit ratio hujus mutationis? Jure tamen Canonico & moribus hodiernis ex dolo defuncti contrahentis aut delinquentis heredem in solidum læso teneri ad indemnitatem, licet nihil ex dolo defuncti ad heredem pervenerit.*

1. Tutores sæpe compelli ad satisdationem *rem pupilli salvam fore*, jam ante adnotatum in *tit. de admin. et peric. tut. num.* 2. ut ita pupilli id, quod ob inopiam tutorum ab iis consequi nequeunt, a fidejussoribus eorum sibi servent. Conveniendi autem fidejussores, & eorum heredes a pupillis ac eorum heredibus actione ex stipulatu stricti juris, propter ea, quæ durante tutela tutores male gesserunt aut neglexerunt, ad eadem præstanda, ad quæ per actionem tutelæ directam conventi tutores condemnati sunt, aut condemnari debuerunt, sic ut etiam ad usuras pupillares ex mora tutoris solvendas adigi possint, quomodocumque intervenerint pro tutore; idque pupillorum favore, *l. etiam* 3. *ff. h. t. l. cum pupillus* 9. *l.* 10. *l.* 11. *ff. rem pupilli vel adolesc. salvam fore*, arg. *l.* 1. §. *ult. ff. de usuris*, uti ex adverso easdem habent reputationes, quas tutor, ut minoris condemnentur, *l. si cum* 5. *ff. h. t.* arg. *l. non quasi* 4. §. *generaliter* 6. *ff. rem pup. vel adolesc. salvam fore.* Quod si tutores post finitam tutelam aliqua gesserint sui quondam pupilli negotia, nulla cogente officii necessitate, dum ipsi tutelæ administrationi non erant connexa, eorum nomine pupillis fidejussores vi cautionis, *rem pupilli salvam fore*, neutiquam obstricti, *l. Lucius Titius* 46. §. *Paulus* 4. *ff. de administr. et peric. tut.* Nec adversatur *l. si posteaquam* 10. *ff. rem pup. vel adolesc. salvam fore.* Ubi definitum, si tutor post pubertatem in restituenda tutela aliquandiu moram fecerit, & fructuum nomine & usurarum medii temporis tam fidejussores ejus, quam ipsum teneri. Lex enim illa pertinet ad talia post finitam tutelam gesta, quæ durante tutela jam inchoata fuerant, & ita tutelæ judicio connexa, per tutorem etiam post pubertatem gerenda erant, juxta *l. unic. C. ut causa post pubert. tutor. adsit. l. tutor. post* 11. *C. arbitrium tutelæ*, *l. ita autem* 5. §. *post completum* 6. *ff. de admin. et peric. tut.* Parladorius *rerum quotid. libr.* 2. *cap.* [illegible] *par.* 1. §. 12. *num.* 57. *et seqq.* Mugnoz de Escobar *de ratiociniis cap.* 34. *num.* 10. 11. Etsi vero fidejussores non intelliguntur vulgo, nisi qui stipulatione verbis expressis concepta fidem suam

pro aliis interponunt; tamen jure singulari in utilitatem pupillorum obtinuit, etiam pro fidejussoribus tutorum recte constitutis haberi eos, qui cum præsentes essent, nominati sunt a tutoribus tanquam fidejussores, nec contradixerunt, sed scientes nomina sua, tanquam fidejussorum, in acta publica referri passi sunt, *l. cum ostendimus* 4. §. *fidejussores* 3. *ff. h. t.* Quamvis etiam vulgo fidejussores divisionis beneficio ex epistola D. Hadriani muniti sint, tamen, si pro eodem tutore plures intervenerint, placuit, in solidum singulos damnandos esse, nulla divisione opponenda; quippe quæ hoc in casu, ubi pupillus non ipse contraxit, sed omnium ignarus in tutores incidit, injuriam habere visa fuit, ne ex una tutelæ causa plures ac variæ quæstiones apud diversos judices constituerentur, *l. ult. ff. rem. pup. vel. adul. salvam fore.* Nec obstat, *l. si fidejussores* 7. *ff. h. t.* Non enim ibi beneficium divisionis datur fidejussoribus conventis ex promissione *rem pupilli salvam fore*, sed ex promissione, qua quondam pupillo jam puberi facto seu adolescenti stipulanti spoponderant, *se reddituros quod a tutore* (ad ipsorum petitionem prius convento & excusso) *servari non potuisset*, adeoque minor ibi novando cum fidejussoribus, suum amiserat pupillare privilegium respectu fidejussorum, sibique præjudicaverat. Plane, si plures sint tutores, inter quos locum habere potest divisionis beneficium, (ut dicetur *tit. seq.*) ac pro singulis fidejussores diversi se obligaverint, ex persona tutorum, pro quibus quisque intercessit, beneficium divisionis est habiturus; ne alioquin in causam duriorem acceptus videatur, quam debitor principalis cum effectu obligatus est. Itaque si dum concipias tutores, primum & secundum, primi fidejussorem tertium & quartum, secundi fidejussorem quintum & sextum, damnum aureorum centum pupillo illatum ex culpa communi secundi primique, tertius fidejussor primi in solida centum a pupillo conventus, divisionis quidem exceptione tueri sese poterit, ne ultra quinquaginta damnetur aut executionem patiatur, quia & primus tutor, cujus fidejussor est tertius, in solida centum conventus, per oppositum divisionis beneficium impetrare potuisset, ut tantum in quinquaginta executeretur, reliqua quinquaginta pupillus a secundo peteret primi contutore ac solvendo existente: sed non ultra jam tertius ille jure desideraverit, ut inter se & quartum, confidejussorem suum, rursus debiti aureorum quinquaginta fiat subdivisio, adeoque ipse tantum in viginti quinque, quartus in alia viginti quinque executioni obnoxius fieret, sed omnino in quinquaginta, in quæ tutor primus cum effectu damnationem subire debebat, ipse quoque executionem pati debet, *l. pupillus* 6. *ff. h. t.* Nec quisquam absurdum dixerit, plures tutores gaudere beneficio divisionis, plures unius tutoris fidejussores eodem carere. Etenim diversitatis ratio in eo est, quod actio ex stipulatu qua conveniuntur tutorum fidejussores, stricti juris sit, & ob id strictam recipiat interpretationem, ac adolescente agente non facile admittat divisionis æquitatem; ac tutelæ actio, qua tutores tenentur, sit bonæ fidei; ut proinde æquitatem arbitrii, seu bona fides desideret, hujusmodi fieri divisionem, *l. ult. in med. ff. rem pup. salv. fore*, præsertim, cum divisione inter plures tutores pupillus pluribus judiciis non distringatur, dum omnes ad unum judicem mittendi sunt, *l. omnes* 5. *C. arbitrium tutelæ.*

2. Quod si fidejussor unus in solidum conventus solidum solverit, actione sibi cessa non tantum contra confidejussores, sed & contra contutores ejus, pro quo fidejussit, regressum habet, sicut ipse tutor fuisset habiturus; adeoque ita demum, si ex culpa communi tutorum conventus fuerit, non item si ex dolo communi, aut proprio dolo propriave culpa tutoris illius, pro quo fidejussit, arg. *l. si eum fidejussoribus* 5. *ff. h. t.* Diversum esset, si contra confidejussores peteret actionum cessionem; quippe quam jure desiderat, non modo cum ex culpa tutoris, pro quo intervenerat, convenitur a pupillo, sed & cum ex dolo vel lata culpa ipsius aut reliquorum contutorum; eo quod nullum hic ipsorum fidejussorum delictum, culpa nulla vertitur.

3. Præter fidejussores etiam nominatores, postulatores & affirmatores tutorum, qui scilicet idoneos dixerunt tutores, aut certos in specie tutores petierunt, pupillo obstricti sunt; sive privati sint, qui pupillo tutorem non habenti certum tutorem, veluti Titium, tanquam idoneum petierunt, *l. postulare* 2. *l. cum ostendemus* 4. §. *ult. ff. h. t. l.* 2. §. *pen. ff. qui pet. tut.* Confer Paulum *recept. sent. lib.* 2. *t.* 28. 29. sive magistratus municipales, qui in suo municipio non invenientes tutorem idoneum, inquirunt ex vicinis civitatibus honestissimum quemque, & nomina eorum præsidi mittunt, ut is ex iis tutorem det, *l. Div. Marcus* 24. *ff. de tut. & curat. dat. ab his*, *l.* 1. §. *si præses* 3. *ff. de magistrat. conveniendis*, *l. adversus* 4 & 5. *C. de magistr. conveniend.* arg. *l.* 2. *C. de periculo nominatorum.* Moribus tamen nostris hujusmodi nominatores pupillis non teneri, si bona fide tanquam idoneos nominaverint, qui non erant, auctor est Groenewegen *ad l.* 4. §. *ult. ff. h. t.*

4. Circa heredes tutorum, aliud servatur, si ex proprio facto, aliud si ex facto defuncti conveniendi sint. Etenim, quamvis heres tutoris tutor non sit, tamen ea, quæ per defunctum inchoata sunt, per heredem, si legitimæ ætatis & masculus & idoneus sit, explicari debent, in iisque dolum & latam culpam, quæ dolus est, præstare tenetur, sic ut & in litem jurari eo nomine adversus eum possit, *l.* 1. *l. cum ostendemus* 4. *pr. ff. h. t. l.* 1. *l.* 2. *l.* 4. *C. de in litem jurando*, *l. curatoris* 17. *C. de neg. gestis*, ex levi vero culpa propria pupillo obligatus haud efficitur, *l. cum ostendimus* 4. §. *negligentia* 1. *ff. h. t. l. non similiter* 4. *ff. de magistr. conveniendis.* Adde *t. pro socio n.* 23. *circa fin.* Et hæc ita, si extrajudicialia pupilli negotia per tutorem defunctum cœpta fuerint; judicialia enim inchoata heres tutoris non ultra tenetur in judicio prosequi, quam quatenus necdum rationes & instrumenta ad causam pertinentia reddita sunt; eo quod post redditas rationes neque ipse tutor neque curator, ac proinde nec heres ejus, litis aut appellationis merita probare, litemve consilio suo cœptam perficere cogitur, *leg. tutor si* 27. *ff. appellat.* arg. *leg. ita autem* 3. §. *post completum* 6. *ff. de administr. & perit. tut.*

5. Quod autem attinet heredes tutorum ex facto defuncti, dicendum videtur, olim quidem eos non modo ex levi, sed & ex lata culpa ac dolo defuncti in solidum obligatos fuisse, convenienter responsa &

argumentationi Pauli Jurisc. in *l. ult. §. 1. in pr. ff. h. t.* ubi, licet suprascriptio legis Paulum auctorem habeat, tamen de eo, tanquam de tertio dicitur: *Paulus respondit, tale judicium in heredem tutoris transferri oportere, quale defunctus suscepit. Hoc eo pertinet, ut non excusetur heres, si dicat, se instrumenta tutelaria non invenisse; nam cum ex omnibus bona fide judiciis propter dolum defuncti heres teneatur, idem puto observandum & in tutelæ actione.* Sed id postea per Principum constitutiones vivente ac florente eodem Paulo mutatum fuit, ac introductum, ut heredes tutorum ex levi quidem culpa defuncti omnimodo convenirentur, ex dolo autem vel lata culpa, quæ dolus est, non aliter, quam si lis cum defuncto fuerit contestata, vel aliquid ex dolo defuncti tutoris ad heredes pervenisset. Ita namque definitum a Severo & Antonino in *l. 1. C. de hered. tutorum*, ubi pro *non lata culpa* legendum esse *lata culpa*, delata particula *non*, suadent libri Basilici, & autor est Cujacius *lib.* 13. *observ.* 39. ac cum eo Gothofredus in notis ad *d. l. 1. C. de hered. tutorum*, suadet & duplex in lege addita limitatio, cui locus esse non posset, nisi de lata culpa, quæ dolus est, lex concepta fuisset, arg. *l. unic. C. de delict. defunct. in quantum hered. conven.* ajunt enim Imperatores in *d. l. 1. Cod. de hered. tutorum* secundum lectionem emendatam, *heredes tutorum ob negligentiam, quæ latæ culpæ comparari possit, condemnari non oportere, si non contra tutorem lis inchoata est, neque ex damno pupilli lucrum captatum, aut gratia præstitum sit.* Et forte huc quoque pertinet *l. ult. Cod. eod. tit. heredibus tutorum*, in qua Alexander Imperator primo quidem definivit, *heredes tutorum, si quid ad eos ex re pupilli, vel adulti pervenerit, restituere cogendos*, sine distinctione, an ex dolo an sine dolo tutoris quid ad eos pervenerit; sed mox de negligentia seu omissione eorum quæ tutor administrare debuerat, subjungens velut jus certum ac quotidianum, ait, *in eo etiam, quod tutor vel curator administrare debuit, nec administravit, rationem reddere eos debere, non est ambigendum.* Ad has vero similesque alias constitutiones, quæ ad nos haud pervenerunt, respexisse arbitror compilatores Pandectarum, quando in *l. ult. §. 1. ff. h. t.* post commemoratum superius Pauli responsum adjiciunt illico, non Pauli, sed sua verba, quibus id, quod Paulus responderat, mutatum fuisse monent dicentes: *sed constitutionibus subventum est ignorantiæ heredum: hoc tamen tunc observandum est, cum post mortem tutoris heres conveniatur, non si lite contestata tutor decesserit; nam litis contestatione & pœnales actiones transmittuntur ab utraque parte, & temporales perpetuantur.* Verba sane ista, non Pauli sed Triboniani, seu compilatorum esse, non ex eo solo arguitur, quod in lege, quæ Paulum tanquam auctorem legis suprascriptum habet, de Paulo quasi de tertia persona mentio fit, sed & quod alibi de ipsa tutelæ & depositi actione in heredes ex dolo tutoris ac depositarii in solidum danda sententia Pauli apertissime proponitur. Etenim in *l. ex contractibus 49. ff. de oblig. & act.* quæ est ex Pauli *libro* 18. ad Plautium, ita scriptum est: *ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur; veluti cum tutor in tutela gerenda dolum fecerit, aut is apud quem depositum est.* Eodem modo quo & de deposito Ulpianus respondit in *l. si hominem 7. §. datur 1. ff. depositi.* Quod si in verbis *d. l. ult. §. 1. ff. h. t.* nullum Triboniani emblema agnoscendum putes, non inepte dici etiam potest: Paulum, qui etiam sub Severo & Antonino vixit, ac floruit, & una cum Ulpiano Papiniano assessor fuit (ut colligi potest ex *l. lecta 40. ff. de reb. credit. l. Clodius Clodianus 97. ff. de acquir. vel amitt. hered.* & ex Lampridio *in vita Alexandri Severi c.* 26.) in prioribus scriptis suis proposuisse jus antiquum, quippe nondum eo tempore per constitutiones superius commemoratas immutatum; sed in posterioribus scriptis (quibus præcipue adnumerandi Responsorum libri, quippe aut plane ultimis Antonini Caracallæ temporibus, aut post ejus excessum demum compositi, ut colligi potest ex inscriptione, *l. ult. ff. de pœnis*; junctis iis, quæ circa legis illius sententiam a me tradita in *tit. de officio præfecti urbi, n. 1. in fine*) adeoque in *d. l. ult.* quæ *ex lib.* 9. *responsorum* est, post repetitam juris pristini commemorationem subjecisse mutationem ejus, quippe jam factam per Severi & Antonini constitutionem propositam in *d. l. 1. Cod. de hered. tutorum.* Neque improbabile est, idem, quod Paulo, etiam Ulpiano accidisse, qui coætaneus Paulo fuit: nam etsi ille non uno in loco in suis ad edictum libris scripsisset convenienter juri veteri, heredes in actionibus ex contractu venientibus ob dolum defuncti in solidum teneri, *l. si hominem 7. §. 1. ff. depositi, l. hoc jure utimur* 152. *§. ult l. ad ea, quæ* 153. *§. ult. ff. de reg. juris*, quæ leges omnes ex Ulpiani libris ad edictum petitæ sunt, tamen in *libro* 3. *disputationum*, unde depromta est *l. non similiter 4. ff. de magistrat. conveniendis*, scripsit de magistratuum heredibus, eos non in omne periculum succedere, sed *dolo proxime culpæ succedaneos esse*, adeoque non de dolo vel lata culpa, quæ dolus est, sed de levi culpa defuncti magistratus teneri. Quod ut apertius intelligatur, considerandum, in *d. leg. 4. ff. de magistrat. conven.* propositum Ulpiano fuisse, ut monstraret, non idem in magistratus herede, quod in ipso magistratu, jus esse circa indemnitatem pupillo præstandam, licet alioquin heres in universum jus defuncti succedat, & ejusdem soleat debeatque juris ac potestatis esse, cujus defunctus fuit, *l. heredem 59. ff. de reg. juris*, & ut id doceat, subsumit exemplum tutoris & heredis ejus, non eo fine, ut heredem tutoris & magistratus exæquet, neque enim id poterat, cum termini habiles non sint, ut heres magistratus ex suo facto pupillis teneatur; uti quidem heredes teneri possunt, juxta *l. 1. ff. de fidejuss. & nominat. & hered. tut.* sed tantum, ut ostendat, insolitum non esse, ut in herede alium, quam in defuncto, jus obtineat, cum ait: *nam nec heres tutoris negligentiæ nomine tenetur*, scilicet propriæ, ut ipse alibi scripsit in *l. cum ostendimus 4. §. 1. ff. de fidejuss. & nom. & hered. tut.* cum ex adverso ipse defunctus tutor de levi culpa fuisset obstrictus, & ex ipsius capite etiam heres, ut supra adstructum. Uti autem non idem jus observabatur in tutore & herede ejus, ita quoque in magistratu & ejus successore diversum obtinere monet; magistratum enim actione subsidiaria teneri, sive dolo sive lata vel levi culpa non idoneos tutores dederit, aut non idoneos admiserit fidejussores, quod & asseritur in *l. in magistrat. 7. ff. de magistrat. conveniend.* uti &, sive tutoris

dolo sive lata sive levi culpa damnum pupillo datum sit, quod pupillus a tutore servare non potest: at heredes ejus non aliter teneri, quam si magistratus defunctus vel tutores læsioni pupillis illatæ causam præbuerint per *culpam dolo proximam*, id est, per culpam levem, etenim, si culpa lata quantum ad effectus juris dolus sit, *l. quod Nerva* 32. *ff. depositi*, *l. magna negligentia* 226. *ff. de verb. signif.* & in omni juris parte, exceptis criminibus, culpa lata præstanda sit, utcunque scriptum fuerit *dolum malum duntaxat*, & *dolum tantum venire*, *l.* 1. §. 1. *ff. si mensor falsum med. l. contractus quidam* 23. *ff. de reg. juris* §. *pen. inst. quibus mod. re contrah. oblig. l. & ita* 3. §. *ait Prætor* 1. *in med. ff nautæ caup. stabul. ut recept. restit.* junct. *l. quod Nerva* 32. *ff. depositi*, *l. quæsitum est* 8. §. *& generaliter* 6. *ff. de precario*, nihil vetat, *culpam dolo proximam* in *d. l.* 4. *ff. de magistr. conven.* explicari per culpam levem; sicut eo sensu pro culpa levi accipienda etiam verba Ulpiani in *l. mulier* 22. §. *sed enim* 3. *ff. ad Senatusc. Trebell.* ut suo loco in *tit. de legatis* demonstrabitur; licet negari nequeat, quin aliquando *culpa dolo proxima* eidem Ulpiano denotet culpam latam, quando culpæ levis mentio mox subjuncta est, prout id accidit in *l. cum res legata* 47. §. *pen. ff. de legatis* 1. vel quando expresse additur, culpam dolo proximam dolum repræsentare, ut fit in *l.* 1. §. *non alias* 2. *ff. si is, qui testamento liber esse jussus erit &c.* vel cum præcessit, dolum puniri & tunc subjicitur, *culpam non præstari*, *nisi dolo proximam*, uti est in *l. ubi exigitur* 8. *ff. de edendo*, *l. de ætate* 11. §. *sed & si* 11. *ff. de interrog. in jure fac.* Sed cum talia non occurrunt in *d. l.* 4. *ff. de magist. conveniend.* recte verba Ulpiani interpretabimur de levi culpa, ad oppositionem ipsius magistratus, qui non modo de levi sed & dolo aut lata culpa tum sua tum tutorum tenebatur; adeoque, ut verba Ulpiani servem, *in omne periculum succedebat*; *at heres ipsius tantum dolo proximæ culpæ* (id est levis tum tutorum, tum magistratuum) *succedaneus erat*; idque convenienter juri recenter introducto in heredibus tutorum; quippe cum ita quoque in heredibus magistratuum inveniatur constitutum ab Alexandro Imp. in *l.* 2. *C. de magistrat. conveniendis*, si illic cum Cujacio *d. lib.* 15. *observ.* 39. legamus, *in heredes magistratus cujus lata culpa idonee cautum pupillo non est*, *non solet actio dari*; licet vulgo *cujus non lata culpa* in codicibus occurrat.

6. Qua occasione monendum existimo, non in solis tutorum heredibus, sed & in omnibus aliis, qui actione ex contractu sive bonæ fidei sive stricti juris propter dolum defuncti aut latam culpam conveniebantur, id obtinuisse ex jure posteriore, quod ex dolo defuncti non aliter heredes damnandi fuerint, quam si lis cum ipso defuncto fuisset contestata, vel aliquid ex dolo defuncti ad eos pervenisset; prout id apertissime asseritur in §. 1. *in fine Instit. de perpet. & temp. act.* ubi post præmissam certissimam juris regulam, quod ex maleficiis pœnales actiones in heredem rei non competerent, velut furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriæ, subjungitur, idem etiam obtinere, non in una singulari contractus specie, sed generaliter, quoties ex aliquo contractu defuncti ob dolum ejus heredes conveniuntur: ait enim Imperator, *aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit*; quando autem id verum sit, verbis generalibus declarat mox subjunctis, *veluti cum testator dolose versatus sit, & ad heredem ejus nihil ex eo dolo pervenit.* Scilicet, olim ante Pauli & Ulpiani tempora, atque etiam sub primis Pauli & Ulpiani temporibus, inter actiones ex maleficiis, & eas, quæ ex contractu vel quasi contractu bonæ fidei nascebantur, hæc differentia in usu fuit, quod ex maleficiis & quasi maleficiis actiones in heredes non competerent, nisi quatenus ex delicto defuncti ad heredes pervenisset; ex contractibus vero & quasi contractibus bonæ fidei venientes actiones in solidum in heredes darentur propter dolum seu delictum defuncti in contractu commissum, licet nihil ex eo dolo ad heredes pervenisset, teste Ulpiano in *l. si hominem* 7. §. *datur* 8. *ff. depositi*, *l. hoc jure utimur* 152. §. *ult. l. ad ea, quæ* 157. §. *ult. ff. de reg. juris*, Paulo in *l. ult.* §. 1. *ff. h. t. l. ex contractibus* 49. *ff. de oblig. & act.* Pomponio in *l. ex deposito* 12. *ff. de oblig. & act.* Papiniano in *l. ex ea parte* 121. §. *ult. ff. de verb. oblig.*, sicut & in contractibus stricti juris, quoties in iis nominatim a defuncto promissio per stipulationem erat interposita *de dolo malo*, seu, *dolum abesse & abfuturum esse*, & ex illa stipulatione propter dolum defuncti adversus heredem ejus actio ex stipulatu intentabatur, auctore eodem Papiniano in *d. l.* 121. §. *ult. ff. de verb. obligat.* Quod si in stricti juris negotiis, atque etiam in ipsis arbitrariis, nulla doli stipulatio intervenisset, ex dolo defuncti actio in heredem non dabatur, nisi quatenus ad eum ex dolo defuncti pervenisset; sive propter dolum a defuncto commissum ageretur ipsa subsidiaria ac arbitraria doli actione, *l. si plures* 17. §. *ult. l. in heredem* 26. *& ll. seqq. ff. de dolo*, *l. prætor ait* 9. §. *ult. l.* 10. *l.* 11. *ff. de reb. auct. jud. possid. & vend.* sive actionibus aliis tum arbitrariis, tum stricti juris, non modo personalibus, sed & realibus. Rei vindicationem certe, & actionem ad exhibendum, uti & quod metus causa, arbitrariam esse, constat ex §. *præterea* 31. *Instit. de action.* At si defunctus possessor dolo malo quid circa rem possessam commisisset, aut eam dolo malo desiisset possidere, non ultra heredes ejus damnari debuisse, quam quatenus locupletiores ex ea re facti fuissent, Julianus tradit, *l. cum autem* 52. *ff. de rei vindicat.* Idemque in actione ad exhibendum fuisse observatum, Paulus docet, *l. de eo exhibendo* 12. §. *ult. in fine ff. ad exhibend.* Et actionem quod metus causa non ultra id, quod ad heredem ejus, qui metum fecerat, ex eo metu dolum in se habente pervenerat, dandam fuisse, constat ex *l. quod diximus* 16. §. *ult. ff. quod metus causa.* Sed & in innumeris prope aliis actionibus, quæ bonæ fidei non erant, heredes ex dolo defuncti non in solidum, sed tantum in id quod ad eos pervenit, conveniri potuisse, quia propter dolum ex delicto quodam nasci videbantur, licet rei persecutionem continerent, & pleræque ob dolum occasione contractus factum darentur, ex Pandectis nostris manifestum est; veluti in actione in factum, quæ ob id competebat, quod dolo malo alienatio judicii mutandi causa facta esset, *l. item si res* 4. §. *ult. l.* 5. 6. 7. *ff. de alien. jud. mut. causa*, vel contra mensorem, falsum modum dolo malo renunciantem inter emtorem & venditorem aliosque similes, *l. si duobus* 3. §. *pen.* junct. *l.*

4. *ff. si mensor falsum mod. dixerit*: aut falsos tutores, qui dolo malo auctores pupillo facti fuerant, aut alteri dolo persuaserant, ut is quasi tutor auctor fieret, *l. hujus actionis* 9. §. 1. *ff. quod falso tutore auctore gest. esse dic.* Adhæc in tributoria actione, quoties pater vel dominus dolo malo iniquam fecerant mercis peculiaris distributionem, *l. illud quoque* 7. §. *ult. ff. de tribut. act.* in actione in factum, seu interdicto de precario, *l. quæsitum* 8. §. *ult. ff. de precario*, & de operis novi nunciatione, si contra nuntiationem in opere cœpto perrexisset is, cui nunciatum fuerat, *l. prætor ait* 20. §. *plane* 8. *l. pen. ff. de operis novi nunciatione*, aliisque similibus. Atque hinc etiam, cum in solis bonæ fidei judiciis, quæ non adeo multa sunt, heredes ex dolo defuncti in solidum tenerentur, non vero in reliquis, sive ex contractu, sive ex maleficio aut etiam ex jure in re competentibus secundum jam tradita, Ulpianus generalem formans juris regulam, scripsit, *toties in heredem damus de eo, quod ad eum pervenit, quoties ex dolo defuncti convenitur, non quoties ex suo*, *l. totiens* 44. *ff. de reg. juris*, sicut & alibi eandem regulam ponit, & admittit, sed in contractibus exceptionem addit, *d. l.* 7. §. 1. *ff. depositi.* Sed cum hæc, jure veteri sic probata, non satis sufficiente niterentur diversitatis ratione, cur in solis bonæ fidei judiciis, non item in cæteris, heres ex dolo defuncti in solidum teneretur, adeoque non tantum pateretur, lucrum turpe defuncti sibi extorqueri, ubi inde locupletior factus erat, sed & ex dolo ejus ipse pœnam incurreret, per solidi præstationem, contra juris regulas, jubentes, delicta suos debere tenere auctores, unumquemque ex suo admisso sorti seu pœnæ subjici, nec quemquam alieni criminis constitui successorem, *l. crimen vel pœna* 26. *ff. de pœnis*, *l. pen. ff. de operis novi nunciat. l. sicuti pœna* 38. *ff. de reg. juris*, atque insuper certi juris esset, delicta, si non omnia, ac certe pleraque, non aliam ob causam pro delictis haberi, quam quia dolus ea comitatur, in quantum effectus distinguit maleficia, & sine animo atque proposito delinquendi delictum non committitur, §. *placuit* 7. & §. *pen. Instit. de obligat. quæ ex delicto*, *l. qui injuria* 53. *pr. ff. de furtis*, *l. sæpe ita* 53. §. *ult. in fine ff. de verb. signif.* hinc posterioribus placuit Imperatoribus, obligationem ex negotio bonæ fidei ceteris omnibus sive ex delicto sive ex negotio stricti juris descendentibus actionibus in eo exæquare, quod heres ex dolo defuncti non ultra teneatur, quam quatenus ex dolo defuncti ad eum pervenit, idque primitus in tutorum heredibus sic constitutum fuisse, supra *n.* 5. adstructum est: & quamvis non reperiantur in Codice repetitæ prælectionis leges illæ, quibus id generaliter ad omnes ex contractu descendentes obligationes extensum fuit, extensum tamen vere fuisse, Justinianus aperte significat in verbis illis, quæ in præcedentibus adducta sunt ex §. 1. *Instit. perpet. & tempor. act.* Interim, uti in delictis, ita quoque in contractibus & quasi contractibus dicta, de heredibus non in solidum ex dolo defuncti conveniendis, limitationem receperunt, nisi lis cum defuncto jam contestata fuerit, quippe cujus contestationis, aut etiam judicialis conventionis, ille effectus semper fuit, quod actiones non tantum ex parte rei, sed & ex parte actoris pœnales in heredes transmittantur, *l. ult.* §. *in fine ff. h. t.* §. 1. *in fine Instit. de perpet. & tempor. act. l. constitutionibus* 33. *ff. de oblig. & action. l. nemo enim* 87. *ff. de reg. juris*, *l. unic. C. ex delictis defunct. in quantum hered. conveniantur*, quia judicio quasi contrahitur, sic ut antea ex delicto dolove obligatus, jam incipiat ex quasi contractu in posterum teneri, quæ ex quasi contractu obligatio heredes quoque devincit, arg. *l. licet tamen* 3. §. *idem scribit* 11. 12. *ff. de peculio.* Si rationem quæras, cur non ob dolum aut latam & tamen ob levem vel levissimam defuncti contrahentis culpam heredes ejus in solidum damnandi fuerint, cum utique, quod gravius admissum est, eo quoque gravior admissi coercitio esse debeat, gravius vero sit, dolo vel lata culpa, quam levi vel levissima, læsionem inferre: respondendum videtur, Principes Romanos pro fundamento assumsisse actiones ex delictis descendentes contra heredem non dari, ne pœna egrediatur auctorem delicti, *d. l. pen. ff. de operis novi nunciat. d. l. sicuti pœna* 48. *ff. de reg. juris d. l.* 26. *ff. de pœnis*, dolum autem, licet in contractibus intervenientem, delictum constituere, *l. ex contractibus* 49. *ff. de oblig & act. l. item si res* 4. §. *ult. l.* 5. 6. 7. *ff. de alien. judicii mut. causa.* Et licet veteris juris auctores in contractu bonæ fidei, in quem dolus inciderat, non tam dolum incidentem considerassent, quam potius ipsum principalem bonæ fidei contractum, natura sua in heredes transitorium, & ob id actionem ex contractu bonæ fidei venientem ob dolum defuncti dedissent in solidum adversus heredem; tamen, cum re ipsa magis ex dolo, adeoque delicto, quam ex contractu ageretur, quatenus omnibus bonæ fidei actionibus vi & efficacia sua doli actio inclusa est, *l. & elegantes* 7. §. *non solum* 3. *ff. de dolo malo*, idem posteriores imperatores non tam contractum, quam potius dolum incidentem seu ipsum delictum voluerunt spectari, ac proinde regulam in delictis receptam, etiam ad dolum defuncti, utcunque contrahentis porrigendam esse. Hinc &, cum jure civili semel definitum esset, damnum ex lege Aquilia coercendum ad delictorum classem pertinere, & quasi delicta esse, si quis per imprudentiam male judicaverit, vel ex alicujus cœnaculo quid dejectum aut effusum vel positum aut suspensum fuerit, vel damnum in navi per eos datum sit, quorum opera utitur exercitor; mox etiam obtinuit, actiones ex lege Aquilia & quasi delictis natas in heredes non dari, licet ob levem aut levissimam culpam & imprudentiam, imperitiam, infirmitatem, absque ullo dolo ejus, qui convenitur, actio ex lege Aquilia & quasi delictis competere potuerit ex notissimis principiis juris civilis, §. *his autem* 9. *Instit. de lege Aquil. l. si vero plures* 5. §. *hac autem* 5. & *ult. ff. de his qui effud. vel dejecerint*, §. *ult. Inst. de oblig. quæ quasi ex delicto*, *l. ult. ff. nautæ caup. stab. ut recept. restit.* etiam concurrens cum actione legis Aquiliæ actio commodati, locati aliaque similis ob idem damnum culpa datum in heredes daretur in solidum; non alia de causa, quam quia tunc non ex delicto, sed ex contractu bonæ fidei actio erat. Cæterum, jure Canonico jus civile hactenus immutatum videtur, ut heres eo jure ex delictis defuncti teneatur ad damni reparationem, quatenus id patiuntur vires hereditatis, *cap. in literis* 5. *extra*, *de raptor. incendiar. &c.* imo etiam simpliciter sine distinctione, an hereditas tali damni reparationi sufficiat, nec

ne, *cap. ex præsentium* 3. *extra, de pignor.* & *aliis caut. cap. ult. extra, de sepulturis.* Et licet moribus hodiernis adhuc comprobata maneat regula juris civilis, quod delicta teneant auctores suos, in quantum nullus alius, ac ne heres quidem, ex alieno delicto corporalem aut infamiæ pœnam sustinere debet, neque etiam ulla affici pœna pecuniaria, quæ actori ultra id, quod ei abest, lucrum esset allatura; tamen cum heres in omnia succedat defuncti bona, justum visum fuit prudentioribus pragmaticis, ei, qui ex dolo defuncti sive contrahentis, sive sine contractu delinquentis læsus est, adversus heredem lædentis in solidum ad indemnitatem actionem dari, licet nihil ex eo dolo ad heredem pervenerit, vel etiam hereditas defuncti solvendo non sit, quoties sine inventario adita est: eo quod æquum est, procuratum ex dolo defuncti damnum magis eum onerare, qui lucrum ex defuncti persona sensit, vel saltem speravit, hereditatem adeundo tanquam locupletem, atque etiam cum effectu potuisset sentire, si vires ejus æris alieni ac damni dolo dati quantitatem excessissent; quam illum, qui damnum passus nullum vicissim speravit lucrum aut percepit, quod tali cum damno posset videri pensandum, Groenewegen *ad t. C. ex delictis defunct. in quantum heredes conveniantur*, Burgundus *ad consuet. Flandriæ tract.* 10. *n.* 7. & *seqq.* Resp. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 165. *in fine*, Leeuwen *cens. for. par.* 1. *l.* 3. *cap.* 1. *n.* 2. Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. *fin. Instit. de oblig. ex delicto n.* 5. & *ad* §. 1. *Instit. de perpet.* & *tempor. action. n. ult.* aliique ab iis citati.

TITULUS VIII.

De Magistratibus conveniendis.

SUMMARIA.

1. *De actione subsidiaria & denominatione ejus. Cui detur? An & contutori, qui ob alterius contutoris inopiam solidum solvere debuit?*
2. *Contra quos detur? An contra magistratus majores? An & contra decuriones absentes, ubi ordo tutorem dedit? An & contra collegam magistratus qui tutorem elegit? An & contra heredes magistratuum, & fidejussores magistratuum, & patrem, in cujus potestate magistratus est?*
3. *An actioni subsidiariæ locus sit, si tutores & fidejussores ab initio idonei fuerint, sed postea facultatibus lapsi sint? Quid, si idonea quidem cautio non sit exacta, sed tutor solvendo fuerit eo tempore, quo potuit tutela agi, ac post inter moras desierit solvendo esse? Cui in hisce incumbat onus probandi?*
4. *Ad quid tendat hæc actio? An & legalem hypothecam pupilli habeant in bonis magistratuum?*
5. *An moribus hæc actio in usu sit?*
6. *Quo ordine conveniendi sint tutores & fidejussores & magistratus municipales, si vel unus fuerit tutor, vel plures, quorum unus tantum gessit, vel si omnes gesserint pro diviso, vel pro indiviso? Qua occasione, quando beneficio ordinis, nec non beneficio divisionis in hisce locus sit, quando non? An & magistratus municipales actione subsidiaria conventi gaudeant beneficio divisionis?*
7. *Recensentur casus nonnulli, quibus tutor ex facto contutoris, aut prædecessoris in cujus locum successit, ne in subsidium quidem tenetur.*

1. CUm modis omnibus operam dandam existimaverint juris nostri conditores, ut pupilli, qui necdum per ætatem se aut sua regere possunt, quoad ejus fieri potest, extra damnum constituantur, tandem occasione tutelæ administratæ actionem introduxerunt in factum subsidiarium, velut ultimum refugium, quæ & utilis actio tutelæ dici potest, arg. *l. ult. ff. h. t.* & utilis ex senatusconsulto, quod auctore Trajano conditum fuit, *l. pen. C. h. t.* ac competit pupillo & ejus heredibus, *l.* 1. §. *non tantum* 4. *ff. h. t.* non item contutori, qui propter alterius contutoris inopiam solidum solvere coactus fuit; nisi extra omnem culpam constitutus sit, nec ei possit imputari, quod contutorem suspectum non postulaverit, aut satis ab eo non exegerit, *l. proponebatur* 2. *l.* 3. *ff. h. t.*

2. Tenentur hac actione magistratus, non majores, quibus libera tutoris dandi potestas sine patrimonii distinctione competit, sed tantum municipales, qui non nisi certo in casu, quando scilicet pupilli facultates non excedunt quingentos aureos, tutoris dandi jus habent, uti & actuarii, scribæ, aliique similes, qui vel prætorem de nominibus & facultatibus tutorum debebant instruere, vel tutorum fidejussores probare, vel ad mandatum prætoris idoneam a tutoribus exigere satisdationem, §. 2. & *ult. Instit. de satisdat. tutor, l.* 1. §. 1. 2. 3. & §. *Divus Hadrianus* 8. *ff. h. t. l. ult. C. h. t.* arg. *l. si pupillus* 2. *t.* 3. *ff. rem pup. salvam fore, l. quotiens* 2. §. *pen. ff. de municipal.* Quod si aliquo in casu non magistratus municipalis, sed ordo Decurionum decreto suo tutores dederit, juxta *l. ubi absunt* 19. *ff. de tut.* & *curat. dat. ab his, l. decreto* 3. *ff. qui pet. tut.* non totus ordo hac actione conveniendus est, sed illi soli, qui tempore dationis præsentes fuerunt, *l.* 1. *pr. ff. h. t.* cujus contrarium obtinet, si unus ex pluribus magistratibus tutores dederit minus idoneos, aut minus idoneos exegerit fidejussores; tunc enim & collegæ ejus tenentur, excusso prius eo, qui dedit, *l.* 1. §. *si inter* 9. *ff. h. t.* Cum vero actio hæc subsidiaria rei persecutionem contineat, imo utilis videatur actio tutelæ esse, etiam heredes eorum omnium, contra quos eam dari dictum, ex facto defuncti eadem teneri dubium non est, eodem modo, quo & heredes tutorum ex facto tutorum obligari, in titulo præcedente expositum fuit, *l. non similiter* 4. *l. quod ad heredem* 6. *ff. h. t.* §. *sciendum* 2. *Inst. de satisdat. tut.* Plane contra magistratuum fidejussores actio nulla pupillo competit, uti nec contra magistratuum nominatores; eo quod tales non *rem pupilli*, sed *rem publicam* salvam fore promiserunt, *l.* 1. *pr. ff. h. t. d. l. quotiens* 2. §. *pen. ff. ad municipal.* Patrem magistratuum & similium quod attinet, si quidem filius in sacris paternis etiamnum positus, decurio vel scriba factus sit, actio pupillis in patrem non nisi usque ad vires peculii datur, sive ignorante vel invito patre, sive ex voluntate patris magistratum electus sit; eo quod pater solummodo *rem publicam*, non *rem pupilli* salvam fore obstrictus est, *l.* 1. §. *ult. ff. h. t. l. licet tamen* 3. §. *ult. ff. de peculio.* Cui non contradicit *l.* 1. *C. quod cum eo, qui in aliena potestate* &c. ubi pater, qui volun-

tatem interposuerat, in solidum teneri dicitur. Etenim ibi filiusfamilias non modo ex voluntate patris decurio, sed & tutor a magistratibus creatus proponitur, adeoque pater nomine sui filiifamilias non tanquam decurionis, sed tanquam tutoris, in solidum satisfacere pupillo propter consensum debet; idque convenienter *legi si filiusfamilias* 7. *ff. de tutelis*. Confer Cujacium *lib.* 13. *observat.* 34. & quæ dixi in *tit. de tut. & ration. distrab. n.* 5.

3. Non aliter tamen in magistratus minores aliosque supra enumeratos subsidiaria actio datur, quam si pupillus damnum senserit ex eo, quod ipsorum dolo, lata vel levi culpa minus idoneus tutor datus, aut minus idoneus fidejussor admissus, vel etiam nullus omnino exactus fuit. Nam si satisdationem ab initio idoneam exegerint, quamvis postea facultatibus lapsi fuerint tutores vel fidejussores, nihil est, quod tutorem dantibus aut fidejussorem admittentibus imputari possit; cum non debeant fortuitos casus & fortunam pupillo præstare, *l.* 1. §. *si magistratus* 11. *l. quod heredem* 6. *in mod. in l. in magistratus* 7. *ff. h. t.* Quod imo, si idonea cautio exacta quidem non sit, idoneus tamen tutor eo tempore fuerit, quo tutelæ agi potest, nulla ob non exactam satisdationem actio est, cum pupillus potuerit actione tutelæ ab idoneo tutore indemnitatem habere, *d. l.* 1. §. *sed & si* 12. *ff. h. t. l. Æmilius De ter* 53. *ff. de admin. & peric. tut.* nec vitium cessationis in conveniendo tutore ad periculum aut dispendium magistratuum & scribarum debeat pertinere, arg. *l.* 1. *Cod. de dividend. tutela.* Ut tamen horum probatio non pupillo incumbat, sed ipsi magistratui; ut doceat, eos solvendo fuisse, *d. l.* 1. §. *probatio* 13. *ff. h. t.*

4. Tendit hæc actio regulariter ad ea omnia, ad quæ directa tutelæ actio; non modo sortis, sed & usurarum intuitu; cum hac recuperare pupillus debeat a magistratibus, quod a tutoribus & eorum fidejussoribus ob inopiam eorum servare non potuit, *l. ult. ff. h. t.* Eo excepto, quod hac actione agens pupillus non habeat privilegium aut hypothecam in bonis magistratuum, uti quidem habet qui actione tutelæ contendit, in bonis tutorum, *l.* 1. §. *privilegium* 14. *ff. h. t.* nisi forte pupillus fuerit illustris aut clarissimus, cujus intuitu vel tutores minus idonei nominati, vel fidejussores non idonei a curialibus exacti aut admissi sunt, *l.* 1. *in fin. Cod. de tut. vel curat. illustr. vel clariss. personarum.*

5. Neque dubium, quin & moribus hodiernis huic actioni locus sit, quotiens manifesto magistratuum dolo atque sordibus, aut supina negligentia, tutores minus idonei electi sunt, aut non idoneæ cautiones admissæ, Hugo Grotius in Resp. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 301. (revera 201. *incipit Alsoo Cornelis, pag.* 539. 540.) Groenewegen *ad* §. 2. *Instit. de satisd. tut.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 17. *num.* 4. Wissembac *ad Pand. vol.* 1. *disput.* 53. *num.* 8. Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. *ult. Inst. de satisd. tut. num. ult.* eoque sensu accipiendum, quod Struvius ait, aut actionem hanc etiamnum in usu esse, *ad Pand. exercit.* 31. *num.* 81. *in fine*, ex levi tamen culpa eos hodie non teneri, adeoque nec suo periculo tutores dare, auctor est Groenewegen *ad l.* 1. *C. de discussor.* & *ad d.* §. 2. & *ad l.* 28. *ff. de tut. & curat. dat. ab his*, Paulus Voet *d. loco*, & plures ab eo allegati, Wissenbach de *different. theor. & prax. num.* 20. *post disput. ad Instit.*

6. Cæterum quod spectat ordinem, quo propter tutelæ administrationem, & ejus occasione, personæ hoc & superioribus titulis enumeratæ, conveniendæ ac excutiendæ sint; distinctione non una opus est. Aut enim unus tantum, aut plures simul tutores constituti sunt. Si unus tantum, is primo loco conveniendus erit; eoque excusso, fidejussores, si quos dederit, (quippe qui, si ante tutorem convenirentur, opposita secundum jus novissimum ordinis exceptione tueri sese possent, *nov.* 4. *cap.* 1. dum hac in parte nullum pupillis respectu fidejussorum prius excutiendorum privilegium invenitur indultum) ac tandem magistratus, cæterique, qui subsidiaria actione tenentur. Si vero plures tutores dati sint, videndum, an unus solus tutelam gesserit, an omnes. Si unus, is solus ante reliquos tutores non administrantes excutiendus est, uti & heredes ejus ac fidejussores, si quos dederit, ordinis seu excussionis beneficio per reliquos non administrantes, si prius convenirentur, objiciendo, sive privata conventione, sive testatoris voluntate aut judicis auctoritate, administratio per unum ex pluribus facta sit, *l. ult. C. de divid. tutela, l. cum interdicta* 6. *C. arbitr. tut.* arg. *l. Imperator* 11. *l. quid ergo* 13. *ff. ad municipalem*, Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 18. *num.* 15. *& seqq.* Appendix decisionum *post Resp. Jurisc. Holl. par.* 3. *vol.* 1. *pag.* 46. Berlichius *conclus. pract. part.* 2 *conclus.* 12. *num.* 39. Idemque est, si unus ex pluribus sponte sua solus gesserit, reliquis gerere negligentibus, cum scirent se tutores datos esse; idque quantum ad ea, quæ sponte gessit, & quæ gestis connexa sunt: nam quod attinet omissa vel neglecta per eum, qui sponte quædam gessit, periculum eorum, gestis haud cohærentium, communiter ad omnes pertinet; nec unus, quia quædam gessit, omissorum intuitu prius excutiendus est, *l. qui se non* 2. *C. si tut. vel curat. non gesserit, l. etsi scisset* 8. *C. de admin. tut. l. pater vester* 2. *C. de hered. tutor. l.* 1. *C. si tut. vel curator reipubl. causa aberit, l. tutores, qui* 39. §. *si eum* 11. *l. tres tutores* 55. §. *item in eo* 3. *ff. de admin. & peric. tut.* Ut tamen gessisse tutelam intelligatur, qui eam alteri tutori expresse geri mandavit, *d. l. tres tutores* 55. *princ.* & §. *non solum* 2. *ff. de admin. & peric. tut.* uti &, qui a contutore suo satisdationem offerente satis accepit, *rem salvam pupillo fore*, eique permisit administrationem totius tutelæ *d. l.* 55. §. *non solum* 2. *ff. de admin. & peric. tut.* seu qui cessit administrationem contutori suo, ut loquitur Ulpianus in *l. stipulatio ista* 38. §. *si stipuler* 20. *ff. de verb. oblig.* & Justinianus *in* §. *sed & si quis* 20. *Inst. de inutil. stipul.* Si omnes tutores tutelam gesserint, explorandum, an pro diviso an pro indiviso administraverint: nam si pro indiviso, singuli in solidum arbitrio pupilli conveniri summo jure possunt, gavisuri tamen divisionis beneficio, si reliqui eo tempore, quo propter finitum administrationis officium tutelæ agi potuit, solvendo sint, *l.* 1. §. *& si quidem* [illegible] *ff. de tut. & ration. distrab. l. si divisio* 2. *de divid. tutela*, licet postea quidam ex his inter moras minoris non agentis solvendo esse desierint; cum vitium alienæ cessationis non debeat alteri damnosum esse, *l.* 1. *C. de dividen. tutela*, *l. ex persona* 3. *C. de pe-*

bation. l. ult. C. in quib. casib. tut. habenti tut. dari possit, *l. Æmilius Dexter* 53. *ff. de admin. & peric. tut.* arg. *l.* 1. §. *sed & si* 12. *ff. h. t. l. Imperator* 11. *l. quid ergo* 13. *ff. ad municipalem*, *l.* 1. *C. de peric. nominatorum*. Si vero divisim tutelam gesserint per partes, aut regiones juxta *l.* 4. *ff. de admin. & peric. tut.* videndum rursus, utrum privata auctoritate facta sit administrationis divisio, an vero judicis aut testatoris dispositione. Priore enim in casu, quando nempe tutela auctoritate privata inter tutores divisa est, liberum foret pupillo cum quovis eorum ita agere, ac si omnes promiscue & pro indiviso administrassent, *l. si divisio* 2. *in fine*, junct. *pr. C. de divid. tutela*. Nec est quod objicias, ordinis beneficium locum habere etiam, cum unus ex pluribus solus tutelam administravit, utcunque id privata tutorum conventione ita factum sit, uti præcedente numero dictum. Etenim diversitatis ea ratio est, quod, ubi id agetur inter tutores, ut unus solus tutelam gerat, nihil videtur fieri quod pupillo damnosum, aut juri publico adversum est; cum expediat pupillo, per unum potius, quam per plures tutelam administrari, usque adeo, ut Ulpianus auctor sit, prætori curæ fuisse, ne tutela per plures administretur; quippe, etsi pater non destinaverit, quis gerere debeat, attamen id agere prætorem, ut per unum administretur; quia facilius unus tutor actiones exercet & excipit, ne per multos tutela spargatur, *l. si plures curatores* 3. §. *apparet* 6. *ff. de admin. & peric. tut.* At ex adverso tutelæ divisio, per quam tutela per multos spargitur, pupillo minus utilis creditur, arg. *d. l.* 2. §. 6. *ff. de admin. & peric. tut.* ac ob id etiam divisio tutelæ *non juris sed jurisdictionis est*, secundum Papinianum in *l. inter tutores* 36. *ff. de admin. tut.* id est, *non privati sed publici juris est*, uti de testamenti factione loquitur idem Papinianus, *l. testamenti* 3. *ff. qui testam. fac. poss.* adeoque nec privata tutorum conventione fieri potest, sed *jurisdictione*, seu publica auctoritate prætoris eam fieri necesse est, ut quid operari possit; alioquin non minus individuum plurium tutorum, quam magistratuum plurium, unius hominis vicem sustinentium, officium est, arg. *l. Imperator* 11. *l. magistratus* 25. *ff. ad municipalem*. Quod si divisio tutelæ judicis aut testatoris arbitrio facta sit, singuli pro ea tantum parte, quam administrant, tenentur, neutiquam pro parte, quæ alteri commissa est, *l. si plures* 2. §. *ult.* *l.* 4. *l. duo pluresque* 51. *ff. de admin. & peric. tut. l. ad nos* 2. *C. de peric. tut.* nisi negligentes fuerint in contutore suspecto postulando; dum vel removeri eum dolo aut culpa omnino non curaverunt, vel tardius suspicionis rationem moverunt, vel suspicionis causam agendo sua sponte pupilli jura prodiderint: tunc enim, excusso prius eo, qui partem illam administravit, contutores reliqui excutiendi sunt, antequam actione subsidiaria contra magistratum agatur, *d. l. si divisio* 2. *in med. C. de divid. tut.* Idemque est, si contutor neglexerit alterius regionis aut partis contutorem in iis instruere, quæ sciebat ad ipsum pertinere, cum ille ea ignoraret, *l. Titium & Mævium* 47. §. *tutores* 2. *ff. de admin. & peric. tut.* cessante vero hac contutorum negligentia, inter quos administratio a testatore vel prætore divisa fuerat, ipsi magistratus municipales aliique similes excutiendi forent ante contutores, *l. proponebatur* 2. *l.* 3. *ff. de magistrat. conveniend. l. Lucius Titius* 46. §. *pen. ff. de admin. & peric. tut. l.* 1. §. *usque adeo* 15. *ff. de tut. & ration. distrah.* in cujus legis fine delendam esse vocem *non*, monet ex Cujacio Gothofredus in notis *ad d. l.* Confer omnino Hartmannum Pistoris *lib.* 1. *quæst.* 6. Bachovium *ad Treutlerum vol.* 2. *disput.* 9. *th.* 5. *lit.* B. Gregorium Tholosanum *syntagm. juris civil. lib.* 13. *cap.* 10. Montanum *de tutelis cap.* 39. *n.* 93. *& multis seqq.* Brunnemannum, Perezium & DD. *ad tit. C. de divid. tut.* Meyerum *in collegio Argentorat. ad tit. de tut. & rat. distrah. n.* 12. & 25. Cæterum illis in casibus, quibus pupillo in magistratum & alios subsidiaria actio competit, in solidum arbitrio & electione pupilli adversus singulos intentari potest, si dolo fecerint, ut minus pupillo caveretur; sin culpa duntaxat, æquius visum, pro portione virili in quemque eorum actionem dari, dum pupillo salva res sit, *l. in magistratus* 7. *ff. h. t.* Quin imo potuerunt magistratus ipsi a tutoribus cautionem exigere, se nomine tutoris dati vel fidejussoris admissi indemnes futuros, &, si quid præstiterint, recuperaturos, *l. C. h. t.*

7. Sunt tamen in jure casus, quibus contutor ex facto contutoris ne in subsidium quidem tenetur; puta, si contutor idoneus subito facultatibus lapsus sit, ut nihil imputari collegæ potuerit: *l. etiam contutoris* 14. *ff. de admin. & peric. tut.* si contutor, qui prius conveniendus erat, idoneus fuerit eo tempore, quo cœpit conveniri posse actione tutelæ, & inter moras solvendo esse desierit, ut supra dictum *n.* 3. & *n.* 6. *fere in med.* si unus post finitam tutelam gesserit negotia pupillaria, tutelæ non connexa, arg. *l. div. Severus* 31. *ff. de admin. & peric. tut.* junct. *l. si tutor* 13. *l.* 14. *de tut. & rat. distrab.* si prior tutor jam tum eo tempore, quo removebatur & alius ei sustinebatur, fuerit non solvendo, & ob id successor nihil aut non solidum ab eo exigere potuerit, arg. *l. tutores* 39. §. *adolescens* 15. *l. Æmilius Dexter* 53. *ff. de admin. et peric. tut. l.* 1. *C. de admin. tut. l.* 1. *C. si tutor vel curat reipubl. caus. aberit* si unus ex pluribus tutoribus per pupillum acceptilatione aut novatione liberatus sit; cum improbe videatur agere pupillus, si ejus nomine tutores cæteros etiamnum vellet interpellare, *l. si pupillus* 45. *ff. de admin. & peric. tut.* secus si cum uno ex pluribus tutoribus transactum tantum fuerit, quippe quo casu pupillus reliquos, cum quibus transactum non est, convenire ex facto proprio aut communi potest; eo quod res inter alios acta aliis nec prodest, nec nocet, *l.* 1. *C. de transact. l. si ex duobus* 15. *ff. de tut. & rat. distr.* Donellus *ad l.* 1. *C. de transact.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib.* 26. *t.* 6. *n.* 8. Montanus *de tutelis cap.* 39. *n.* 71. *& seqq.* Wissenbach *ad Pand. vol.* 1. *disp.* 51. *n.* 20.

TITULUS IX.

De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis.

SUMMARIA.

1. *Quales res pupillares ex oratione Severi non potuerint sine decreto alienari? Ad quas res per posteriores constitutiones necessitas decreti extensa fuerit? An requiratur, ut res pupillares alie-*

niantur per tutores auctione publica, tum jure civili, tum moribus?

2. *An decreto sit opus ad alienationem jurium pupilli? Ubi de jure emphyteuseos, superficiei, salinarum, fodinarum, possessionis, ususfructus, realium servitutum, censuum, annuorum redituum; uti & de actionibus pupillo competentibus; deque molendino natali.*

3. *Quid hic veniat appellatione alienationis? Ubi de venditione, permutatione, patientia usucapionis, datione in solutum, dedicatione, amortisatione, ad divisionem provocatione, servitutis impositione, transactione, compromisso, solutione legati ipsius rei pupillaris, donatione, sponsalitia largitate, dote, tum jure Romano, tum moribus: item de repudiatione legati vel hereditatis, remissione servitutis aut annui reditus, resolutione donationis minori factæ, servitutis impositione.*

4. *Quid veniat hic nomine obligationis? ubi de pignore & hypotheca. An tutor pro pupillo prædium emens, id efficaciter pacto agere possit, ut prædium venditori pro pretio obligatum sit, sine decreto? An pignus legale in bonis pupilli sine decreto nascatur? Si pupillus alteri pupillo, fundum auctore tutore ementi, pecuniam dederit ea lege, ut fundus emtus pignori sit, an pignus tale valeat sine decreto?*

5. *Cujus loci magistratus decretum debeat interponere, si alibi pupillus degat, alibi bona alienanda sint? Et quid, si pupillo Italico, prædia provincialia habenti, tutor a præside datus sit ad res provinciales?*

6. *Ut decretum interponatur, requiritur causæ cognitio, & ut justa subsit causa alienandi, an sufficiat libello tutoris causam significari?*

7. *Non promiscue ob æs alienum pupilli decretum alienationis interponi debet. Qualia potissimum a prætore sint inquirenda & observanda, antequam alienationem decreto permittat?*

8. *Non tantum ob æs alienum, sed etiam ob insigniorem pupilli utilitatem decretum alienationis interponi potest; quod exemplis demonstratur. Non tamen ob quamvis vulgarem utilitatem; objectionibus respondetur.*

9. *Si alienatio sine decreto requisito sit facta, est nulla. Quid, si decretum sit impetratum, sed per sub & obreptionem? quid si decretum, bona esse obliganda, & illa sint alienata, aut vice versa? Quid, si prætor decreverit, alternatim* bona alienari vel obligari? *Quid, si decreverit alienationem, cum sciret nullam subesse justam causam?*

10. *Si alienatio per tutorem sine decreto facta sit, quo modo tutor ob id teneatur & coerceatur? Si debitum pupillare remissum, debitor manet obligatus. Si res alienata & possessio translata, rei vindicatio pupillo contra quosvis possessores datur. Quid juris tunc circa fructus? Emtor pretium recuperare potest, si ea res auferatur, quatenus id pupillo profuit. An tantum ope exceptionis, an vero etiam actione? Probare debet emtor, quo usque pretium pupillo profuerit?*

11. *Si dubium, an decretum sit interpositum, emtori probatio incumbit, decretum ante alienationem, hodie etiam post, fuisse interpositum. Si emptor probet decreti interpositionem, præsumendum, omnia requisita intervenisse, sic ut vitium decreti allegans, aut prætori obreptum asserens, hoc probare debeat. Potest restitui minor contra venditionem decreto factam.*

12. *Subsistit alienatio rerum pupillarium, si facta sit ex necessitate, dum minor provocatur ad divisionem; aut creditor ejus vendit pignus obligatum ab eo cui minor heres est; ut fiscus prædium pro tributis, aut magistratus pignus judiciale vel prætorium constituat in rebus pupilli; si fundus pupillaris injuria non restituatur aut pupillo evincatur; si pupillus heres præstet legata & fideicommissa ex ipsis rebus defuncti legantis; aut tradat rem, quam defunctus ex contractu debuerat; aut prædium emerit, cum pacto retrovenditionis, aut addictione in diem, aut ex statuto obnoxium retractui; aut is, cui successio certi prædii alienationem testamento præceperit. Opus tamen est decreto, si defunctus rem tantum venalem habuerit; vel generaliter jusserit prædia vendi ad æris alieni solutionem.*

13. *Recensentur casus, quibus voluntariæ alienationes & obligationes sine decreto subsistunt. Ubi de obligatione rerum pupillarium per tutorem, pupillum defendentem, pro judicato solvendo; de re pro debito semel recte obligata alteri obligando pro pecunia ad priorem creditorem dimittendum accepta; de re pupillari recte pignorata per creditorem vendenda, vel re pupillo obligata distrahenda, re pupilli ex decreto vendita ac per tutorem retenta ob pretium a venditore non illatum; de re per tutorem Regis aut Principis donata, vel vendita per eum, qui se solo majorem simulavit aut dixit.*

14. *Confirmatur alienatio sine decreto facta, si minor major factus eam ratam habeat. Tacito ratum habet, qui pretium a tutore exigit, aut ab ipso emtore, item lapsu certi temporis post majorennitatem. An ratihabitio impediat remedium* l. 2. de rescind. vend.? *An confirmetur alienatio, si pupillus tutori sine decreto alienanti heres extiterit?*

15. *In quibusdam locis præter decretum requiritur consensus cognatorum & alia. Quid si decretum interponatur iis non auditis, quo modo se venditioni tunc possint opponere? Quid si vocati venire aut consentire nolint?*

16. *An decreto opus, si is vendere velit, qui in loco domicilii per nuptias, aut veniam ætatis, aut pauciores annos majorennitati per statutum præfinitos, pro majore habetur, & res sit sita in loco, ex cujus jure adhuc minor est? Quid si vi statuti habeatur pro majore, sed addatur, ne immobilia sine consensu cognatorum alienet, an & tunc adhuc decreto opus sit?*

17. *Qua solemnitate res ecclesiæ & piis usibus destinatæ alienari debeant? Quo modo res fisci reipublicæ, civitatis, vici, pagi? An aliter, quam auctione publica?*

1. Quamvis auctoritas tutorum magna sit, & in multis, imo plerisque casibus, infirmum suppleat pupillorum judicium in negotiis per eos contrahendis, *l. in negotiis* 5. *ff. de reg. juris*, quandoque tamen sufficiens non est; idque potissimum in rebus pupillorum alienandis usu venit. Nam etsi ante ora-

tionem Severi, & ad eam secutum Senatusconsultum sola tutoris auctoritate processerit rerum pupillarium alienatio, atque divisio, ut colligi potest ex *l. inter pupillos* 20. *ff. de auctorit. tut. l. tutor, urgentibus* 47. §. 1. *ff. de minor.* 25. *annis*, quæ utraque lex Scævolæ est, qui scripsit & floruit ante emissam Severi orationem: postea tamen aliter fieri ut plurimum non potuit, quam si interpositum fuerit magistratus decretum, *l.* 1. *& tot. hoc tit. ff. & tot. tit. Cod. de præd. & aliis reb. minor. sine decr. non alien.* Et ipsius quidem Orationis Severi, atque subsecuti Senatusconsulti, prohibitio res tantum concernebat immobiles, nec eas quidem omnes, sed tantum prædia rustica & suburbana, & quæ iis accedentia pro immobilibus habebantur, veluti mancipia adscriptitia, quæ quasi prædiorum partes erant; urbana vero prædia, nec non aurum, argentum, gemmæ, vestes, aliaque mobilia pretiosiora, non modo poterant, sed et debebant a tutoribus distrahi, *l. lex, quæ* 22. *C. de administrat. tut.* quia aurum, argentum aliaque his similia sterilia erant, et ædes sæpe magis oneri videbantur, quam usui, ob magnos sumtus in reparationem faciendos, ac fortuitos frequentes incendii et ruinæ casus, arg. *l. verum* 11. §. *si locuplet.* 5. *in fine ff. de minor.* 24. *annis.* Unde et passim in *legibus Cod. de præd. & aliis reb. min. etc.* rusticorum tantum et suburbanorum prædiorum mentio fit, ubi decretum proponitur interpositum, *l.* 5. 5. 9. 11. 12. 15. 16. *C. de præd. & aliis reb. min. &c.* Sed postmodum ex lege Constantini quantum ad alienationem urbana pupillorum prædia rusticis et suburbanis fuerunt exæquata; præsertim, quia in ædificia, a majoribus sæpe profecta, major quam in rustica prædia cadit affectio, dum *lugubre satis pupillis, cum adoleverint, futurum credidit Imperator, in domo, ubi pater defecit, ubi ipsi creverunt, ex causa venditionis imagines majorum aut non videre fixas aut revulsas videre, d. l.* 22. *C. de admin. tut.* Et generaliter rerum omnium immobilium, utcunque sterilium, alienatio interdicta fuit, *d. l.* 22. *junct. l. pen. ff. h. t.* uti & mobilium eorum, quæ servando servari possunt, nec tempore pereunt, veluti aurum, argentum, vestes, gemmæ, aliaque mobilia pretiosiora; sola relicta tutoribus licentia alienandi sine decreto res tales, quæ servando servari non possunt, quales sunt fructus, animalia superflua, vestes attritæ, & alia his affinia, quæ etiam ex officio tutor alienare tenetur, sic ut, si non tempestive id egerit, suo periculo sit cessaturus, *d. l.* 22. *l. ult.* §. *ult. C. de admin. tut. l. ult. C. quando decreto opus non sit, l. tutor, qui* 7. §. *si tutor* 1. *ff. de admin. & peric. tut.* Et quamvis tutius forte fuerit, auctione publica fieri horum mobilium alienationem, absque decreto permissam, imo subhastationem omni modo requirat Pinellus *ad l.* 2. *ff. de rescind. vend. par.* 2. *cap.* 2. *n.* 26. tamen quia nuspiam ejus faciendi necessitas tutori per leges invenitur imposita, magis est, ut suffecerit, si bona fide distractio privatim a tutore facta sit, Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 481. *gloss.* 3. *n.* 7. *& seqq.* nisi aut statutum aut constans certi loci praxis auctionem publicam omnino desiderat, uti eam in Hollandia, Frisia, Transisulania, aliisque locis pluribus requiri notat Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 3. *n.* 4. sic ut in Hollandia publice mobilia ex decreto cameræ pupillaris, immobilia ex Curiæ consensu alienanda sint, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 13. *& seqq.*

2. Sub rebus autem pupillaribus alienari prohibitis etiam hic continentur res illæ incorporales, quod immobilibus quantum ad plurimos juris effectus accenseri solent, Borgnin, Cavalcanus *de tutore sect.* 4. *n.* 4. Ac proinde non sine decreto procedit alienatio emphyteusios aut superficiei, *l. sed si pecunia* 3. §. *si jus* 4. *ff. h. t. l. etiam* 13. *ff. de præd. & aliis reb. min. sine decr. &c.* nec possessionis per missionem damni infecti nomine ex secundo decreto obtentæ, *l. magis puto* 5. §. *si fundus pupillo* 3. *ff. h. t.* nec salinarum aut fodinarum metalli, cretæ, arenæ & similium, *d. l. sed si pecunia* 3. §. *ult. l.* 4. *l.* 5. *pr. &* §. 1. *ff. h. t.* Sed nec absque decreto licita ususfructus aut aliarum servitutum tam personalium quam realium remissio, *d. l.* 3. §. *nec ususfructus* 5. *ff. h. t.* Idemque circa reditus annuos aut census remittendos, vel in alium transferendos, statuendum videtur, arg. *l. non solum* 4. *C. de præd. et aliis reb. min. sine decr. etc. l. lex, quæ* 22. *circa med.* in verbis, *ita enim annui reditus, C. de admin. tut.* Montanus *de tutelis cap.* 33. *n.* 123. Tiraquellus *de retract. gentil.* §. 1. *gloss.* 6. *n.* 6. August. Barbosa *in collectan. ad. l.* 4. *C. h. t. n.* 10. *et seqq.* uti & circa actiones pupillo cumpetentes ad res tales, quarum alienatio sine decreto rata non est, Montanus *de tutelis cap.* 35. *n.* 150. *et seqq.* Aug. Barbosa *ad l.* 7. *C. h. t. n.* 6. Quin imo generaliter nullam obligationem pupillo competentem dissolvi posse sine decreto sola tutoris auctoritate, ac debitorem sine decreto solventem non ita securum esse, quin minori adversus solutionem restitutio in integrum concedi possit; nisi soluti sint reditus aut usuræ, biennii metam & centum solidorum quantitatem non excedentes, apertum est ex §. *ult. Inst. quib. alien. licet vel non*, junct. *l. sancimus creatione* 25. *l. constitutionem* 27. *C. de admin. tut.* De quo latius *ad tit. minor.* 25. *annis n.* 22. Et quamvis molendinum natatile non modo res mobilis sit, sed & fortuitis pluribus obnoxia casibus atque periculis ex violentia fluminis, multisque insuper ac gravioribus impensis conservanda, sic ut a nonnullis in numerum rerum, quæ servando servari nequeunt, & ob id sine decreto distrahi possunt, referatur, Tiraquellus *de retract. gentilit.* §. 1. *gloss.* 7. *n.* 92. Montanus *de tutelis cap.* 33. *n.* 176. verius tamen, sine decreto molendinum tale alienari non posse; cum utique constet, illud rem mobilem pretiosam esse, æque aptam asservationi, atque sunt vestes pretiosæ, quarum alienatio permissa non est, *d. l. lex, quæ* 22. *C. de admin. tut.* Tuldenus *in Cod. h. t. n.* 7. Pinellus *ad l.* 1. *C. de bonis maternis part.* 3. *n.* 28. Perezius *ad tit. C. quando decreto opus non est, n.* 1.

3. Latiore vero sensu hic accipitur alienatio, ut non modo omnem actum tutoris voluntarium complectatur, per quem dominium transfertur, juxta definitionem Imperatoris in *l.* 1. *C. de fundo dot.* sed & actus alios, quibus jus in re pupillo diminuitur, vel juris quæsiti repudiatio fit. Quibus consequens est, ut rerum supra enumeratarum non modo venditio atque permutatio interdicta censeri debeat, ut passim *in Pand. et Cod. h. t.* verum etiam patientia usucapionis, quæ propterea non currit impuberi, *l. sicut* 3. *in med. C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor. l. alienationis* 28. *ff. de verbor. signif.* Sande *de pro-*

hibita alienat. par. 1. *cap.* 1. §. 3 *n.* 34. de quo latius *ad t. de usucapion.* adhæc datio in solutum, quæ venditionis aut permutationis vicem obtinet, *l. si minor* 15. *C. de præd. et aliis reb. min. sine decr. etc.* junct. *l. un. ff. quib. ex caus. in possess. eatur.* in sacrum dedicatio, *l. ab agnato* 12. *ff. de curat. furios. & aliis extra min. dandis*; amortisatio, Molinæus *ad consuet. Paris. t.* 1. §. 51. *gloss.* 2. *n.* 79. ad divisionem provocatio, de qua in *t. famil. ercisc. n.*15. ususfructus aut alterius servitutis impositio, de quo *in num. præced.* transactio, secundum tradita in *t. de transaction. n.* 3. compromissum, ut dictum *t. de recep. qui arbitr. recept. n.* 5. persolutio legati in casu, quo testator, qui pupillum instituerat vel legato honoraverat, eundem pupillum gravaverat, legato rei non a testatore profectæ, sed ipsius pupilli propriæ, *l. magis puto* 5. §. *si fundus* 4. *ff. b. t.* donatio, utpote quæ, tanquam perditio quædam, regulariter tutori ne ex decreto quidem permittenda videtur, secundum ea, quæ scripta *in t. de admin. & peric. tut. num.* 6. unde nec sponsalitia largitas, per quam irrevocabile transit dominium, sine decreto procedit, *arg. prædia* 8. *C. de præd. & aliis reb. minor &c.* nec dotis datio, quoties vel nomine pupilli res pro sorore inope atque indotata in dotem dandæ sunt, vel pupillæ ipsius nubentis maritus rebus ipsis contentus esse non vult, ac ob id a tutore vel curatore ex rerum pupillarium venditione pecunia conficienda est, quæ in dotem detur, *l. sive generalis* 61. §. 1. *ff. de jure dot.* & ad tales casus restringenda verba generaliora *l. lex, quæ* 22. *C. de admin. tut.* nam si ipsis rebus in dotem datis contentus esse velit futurus maritus, decreto opus non est, quia naturale dotis dominium tunc uxoris proprium manet, *l. sive generalis* 61. §. *iste autem* 1. *ff. de jure dot.* junct. *l. in rebus* 30. *C. eod. t.* quæ, quo usque nostris moribus circa dotem sponsalitiam largitatem, aliaque similia etiamnum obtineant, colligi potest ex iis, quæ dicta in *t. de minor.* 25. *annis n.* 18. 19. Adde Argentræum *ad consuetud. Britann. art.* 220. *gloss.* 2. Joh. à Sande *de probib. rer. alien. par.* 1. *cap.* 1. §. 3. *n.* 22. 23. Montanum *de tutelis cap.* 33. *n.* 338. 339. 418. Surdum *decis.* 278. Fontanellam *de pactis antenupt. claus.* 5. *gloss.* 7. *n.* 24. Ant. Matthæum *in auctario post disput. de tutelis n.* 55. Lambertum Goris *adversar. tract.* 4. §. 16. Pertinet insuper ad alienationem sine decreto haud faciendam juris pupillaris quæsiti remissio circa res tales, quæ sine decreto non alienari, ante dictum fuit; ut puta servitutum personalium vel realium pupillo aut pupillari prædio competentium, aut censuum, aut annuorum redituum remissio, ut ante dictum *in n. præced.* donationis in minorem factæ resolutio, *l. si ad resolvendam* 7. *de præd. & aliis reb. minor. &c.* Montanus *de tutel. cap.* 33. *n.* 391. legati repudiatio, *l. magis puto* 5. §. *fundum* 8. *ff. b. t.* quia dominium rei legatæ recta via a defuncto in legatarium videtur translatum *l. a Titio* 64. *in fine ff. de furtis*, Sande *de probib. alienat. part.* 1. *c.* 1. §. 3. *n.* 53. Aug. Barbosa *ad l.* 4. *C. b. t. n.* 16. secus in hereditate delata, quam repudiari sola tutoris auctoritate sine decreto, verius est; cum ante aditione nihil vere aut ex juris fictione pupillo quæsitum sit, arg. *l. cum heredes* 23. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* Menochius *de arbitr. jur. lib.* 2. *casu* 171. *n.* 52. 53. Denique huc quoque referenda servitutum impositio, quippe quam tutor sine decreto respectu prædiorum pupillarium æque frustra facit, ac maritus ratione fundi dotalis, *l. sed si pecunia* 3. §. *pen. ff. b. t.*

4. Obligationis nomine, quæ circa res pupillares non minus est prohibita quam alienatio, venit non tantum datio pignoris, qua rei detentio seu naturalis possessio transit in creditorem, sed & hypothecæ obligatio, qua res pro debito afficitur, possessione naturali ipsius rei penes pupillum manente, *l.* 1. §. 2. *l. si pupillorum* 7. §. 1. *l. pen. ff. b. t.* Quæ usque adeo vera, ut ne pignus quidem teneat, si pupillus auctore tutore prædium comparet ea lege, ut illud venditori pignoris jure obligatum maneat, donec pretium solutum fuerit, *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *ff. b. t.* Quamvis enim valere debere, quodcunque in traditionibus rerum pactum est, Gajus scripserit, *l. in traditionibus* 48. *ff. de pactis*, atque etiam dominus rem suam alienans talem ei causam imponere possit, qualem voluerit: ac proinde cum ipsa dominii translatione videatur venditori tradenti jus pignoris quæsitum, quasi re in pupillum translata cum onere pignoris ipsi inhærente; non tamen hæc omnia proficere possunt ad id, ut hoc in casu pignoris vinculum sine decreto ratum sit. Etenim, quamdiu necdum a venditione translatum est dominium rei, tandiu illa ipsi adhuc domino obligata esse non potest, *l. neque pignus* 45. *ff. de reg. jur.* quamprimum autem dominium ejus in pupillum transfertur, pupillaris efficitur, atque ita confestim ejus incipit conditionis esse, ut sine decreto obligatio ejus firma non sit, *d. l.* 1. §. *ult. l.* 2. *ff. b. t.* Diversum est, si de pignore non conventionali sed legali quæstio sit: quippe quo etiam pupillaria bona gravari posse obtinuit. Hinc si pupillus auctore tutore fundum a fisco emerit, dubium haud fuit, quin fisco fundus ille pro pretio devinctus sit; quia fiscus legalem in bonis eorum, quibuscum contraxit, hypothecam habet, *d. l.* 2. *ff. b. t.* junct. *l. certum est* 2. *ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah.* Adde *tit. in quib. caus. pig. vel hypo. b. tac. contrah. num.* 4. Sed & uno in casu conventionale pignus ratione fundi per pupillum comparandi sola tutoris auctoritate constitui potest, si scilicet pupillus alteri pupillo fundum ementi pecuniam dederit ea lege, ut fundus ei pro pecunia illa pignori sit, *l. sed si pecunia* 3. *pr. ff. b. t.* de quo latius in *tit. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contrah. n.* 15.

5. Ut autem recte atque ordine interponatur decretum in casibus necessitatem ejus exigentibus, primo quidem oportet, illud per eum interponi, cujus ea de re notio est: & quidem per judicem seu magistratum illius loci, in quo pupillus domicilium habet, & ubi tutela administratur, licet res illæ, de quarum alienatione agitur, sitæ sint in illis locis, quæ potestati decernentis subjectæ non sunt. Qua ratione prætor recte permittit, distrahi possessionem pupillarem non Italicam tantum, sed & provincialem, si modo tutela Romæ agatur, & hic tutor etiam rerum provincialium subierit administrationem, *l. magis puto* 5. §. *illud quæri* 12. *ff. b. t.* Si enim prætor Romæ dans tutorem pupillo Italico, etiam eidem tutori tacite intelligatur rerum provincialium ad pupillum pertinentium demandasse administrationem, & vice versa tutor pupillo provinciali datus a præ-

side, curam suam etiam ad rerum Italicarum gestionem extendat, quia tutor pupillo datus etiam universo patrimonio ejus intelligitur datus esse, §. *datus autem* 17. *Inst. de excus. tut. l. propter litem* 21. §. *licet* 2. *ff. de excus. tut.* ratio non apparet, cur non idem ille, qui rerum commisit administrationem, earundem quoque alienationem justis ex causis decreto permittat, Sande *de probib. rer. alien. part.* 1. *cap.* 1. §. 5. *n.* 70. Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 123. *n. ult.* Groenewegen *ad l.* 16. *C. de præd. & aliis reb. minor. &c.* Quod si tutor pupillo Italico Romæ datus, a rerum provincialium administratione sese excusaverit, & ob id præses rebus provincialibus tutorem dederit, magis est ut præsidis decreto prædii provincialis alienatio perficiatur; eo quod in casu excusationis per tutorem Romæ datum obtentæ, rebus provincialibus non prætor sed præses tutorem dare debet, arg. *d. l.* 5. 12. *ff. h. t. l. si prædium* 16. *C. de præd. & aliis reb. minor. &c. l. pupillo* 27. *ff. de tut. & curat. dat. ab his, l. propter litem* 21. §. *licet* 2. *ff. de excus. tut.* licet alii velint, hoc in casu electionem videri datam tutori, an præsidis, an vero prætoris decretum petere velit, Sande *de probib. alienat. d. part.* 1. *cap.* 1. §. 5. *num.* 71. quod tamen ex legibus supra adductis haud apparet, ac forte rectius illud admiseris, quod a nonnullis monitum Interpretibus, tutius esse, ut in casu, quo pupillus alibi commoratur, alibi sitæ sunt res distrahendæ, quarum administrationi peculiariter a magistratu illius loci tutor datus est, non modo decretum impetretur a magistratu loci, in quo res sitæ, sed & ab eo, in cujus territorio pupillus commoratur; cum judicem unum facile posset latere causa, alteri judici nota, propter quam pupillo non expedit, decretum alienationis interponi, Montanus *de tutelis cap.* 35. *num.* 55. Perezius *ad tit. Cod. de præd. & aliis reb. min. sine decreto &c. num.* 8. in verb. *est autem hic*, Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 7. *num.* 10. Parens p. mem. Paulus Voet *de statutis sect.* 9. *cap.* 1. *num.* 17. *& de mobil. & immobil. cap.* 22. *num.* 5. Berlichius *part.* 1. *decis.* 29. *num.* 5.

6. Sed & secundo non aliter decretum a judice competente interponendum, quam si justa alienandi causa subsit; quem in finem causæ cognitio omnino necessaria est, *l.* 1. §. 2. *l. si prædia* 11. *ff. h. t.* & hic sensus est verborum in *l. ob æs* 12. *C. de præd. & aliis reb. min. &c.* cum dicitur ob æs alienum, *tantum causa cognita*, præsidiali decreto prædium minoris provinciale distrahi permittendum. Atque hinc etiam ab Impp. rescriptum fuit, alienationem recte aliter confici non posse, nisi apud acta causis probatis, quæ venditionis necessitatem inferant, decretum solemniter interponatur; nec sufficere, libello per procuratorem ad prætores vel præsides provinciæ delato venditiones manifestari, *l. minorum* 6. *C. de præd. et aliis reb. minor. etc.* quia, ubicunque decretum necessarium est, & ob id causæ cognitio desideratur, res per libellum expediri non potest, *l. nec quicquam* 9. §. *ubi decretum* 1. *ff. de off. procons. et legati, l. omnia, quæcunque* 71. *ff. de reg. juris.*

7. Præcipua, & ex oratione Severi unica, interponendi decreti causa fuit necessitas æris alieni pupillaris, *l.* 1. §. 2. *ff. h. t.* ac ne semper quidem aut passim tutoribus sub obtentu æris alieni permittenda venditio, sed officio prætoris in primis hoc convenit excutere, an aliunde possit pecunia ad extenuandum æs alienum expediri, vel ex venditione fructuum conditorum, aut rerum aliarum, quæ servando servari nequeunt, vel ex redituum atque obventionum spe, vel ex nominibus, quæ conveniri & excuti possunt: quamdiu enim ex hisce solutio fieri posse deprehenditur, decretum interponendum non est, uti nec, si creditores non urgeant æris alieni solutionem, sed dilationem vel expresse vel tacite minori indulgeant: nisi gravior usurarum modus, aut pœnæ stipulatio, parendum æri alieno suadeat, *l. magis puto* 5. §. *non passim* 9. *ff. h. t.* Sande *de probib. alien. part.* 1. *cap.* 1. §. 4. *num.* 58. 59. Sed & prætorem æstimare oportet, an alienatio rerum pupillarium admittenda sit, an magis earundem decernenda sit obligatio pro nummis usque ad æris alieni modum mutuo accipiendis. Cavendum vero ante omnia, ne propter exiguum æs alienum magna possessio pupillaris distrahatur, & ut in universum rerum talium decernatur venditio, ex quarum alienatione minimum pupillo detrimentum accedat. Quem in finem etiam prætoris est, non minus credere tutoribus aut curatoribus, qui nonnunquam lucri sui gratia adseverare prætori solent, necesse esse, distrahi possessiones vel obligari; sed magis requirendi ab eo tales, a quibus instruatur de fortunis pupilli, sive illi pupilli ipsius parentes sint, sive necessarii sive liberti quidam fideles, sive qualescunque alii, qui notitiam rerum pupillarium habent; aut si nemo inveniatur, vel suspecti sint, qui inveniuntur, jubere debet prætor, editationes, itemque synopsin bonorum pupillarium, advocatumque pupillo dare, qui instruere possit prætoris religionem, an sentire venditioni vel obligationi debeat; secundum prudentissima Ulpiani monita in *d. l. magis puto* 5. §. *idem prætor* 10. *et* 11. *ff. h. t.* Confer Menochium *de arbitrar. judicum lib.* 1. *casu* 171. *num.* 4. *et multis seqq.* Christinæum *ad leg. Mechlin. tit.* 19. *art.* 17. *num.* 5. *et seqq.* Rolandum a Valle *vol.* 1. *consil.* 32. Sande *de probib. alienat. part.* 1. *cap.* 1. §. 4. *num.* 65. 66. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 195.

8. Præter æs alienum justa quoque decreti ad alienationem interponendi causa est insignior quædam pupilli utilitas; veluti si pupillo vel pupillæ sponsalia contrahenti ac vix quicquam præter prædia possidenti, dos tamen aut donatio propter nuptias in numerata pecunia assignari debeat, dum pars adversa non nisi pecuniis in dotem dandis matrimonii conditionem admittere cupit, nec aliter honeste nubere posse puella videtur, *l. sive generalis* 61. §. 1. *ff. de jure dot.* Idemque est, si pupillus ali non possit, nisi distractis rebus ejus mobilibus pretiosis, aut prædiis voluptati magis, quam fructuum productioni inservientibus, (qualium mentio est in *l. si cujus rei* 13. §. *fructuarius* 4. *ff. de usufructu & quemadm. quis utat. l. urbana prædia* 198. *ff. de verb. signif.*) licet enim regulariter alimenta pupillo decernenda sint, modum facultatum seu redituum patrimonii haud excedentia, *l. officio* 2. §. 1. 2. 3. *ff. ubi pupill. vel morari debeat*; sæpe tamen accidit, tam exiguum rerum pupillarium proventum esse, ut inde pupillus exhiberi nequeat, qui ex usuris pretii ex rebus illis conficiendi honeste posset educari. Et sane, si dotis constituendæ gratia jure permitti potuerit alienatio, quo honestius puella nu-

beret, ut paulo ante dictum, quid ni etiam, ut honestius alatur atque exhibeatur; cum utique non minor alimentorum, quam dotis favor sit, Sande *de probib. alien. part.* 1. *cap.* 1. § 4. *num.* 62. Quid, quod & in genere decretum de rebus pupilli alienandis toties recte interponitur, suadente naturali æquitate, quoties urget necessitas quædam aut difficultas notabilis, quæ non nisi prædiorum distractione evitari potest: cum satis longe pupillo sit, quibusdam carere rebus, ita ut in locum earum succedat verum pretium, quam inexplicabilibus prope difficultatibus rerum earundem intuitu implicari. Et quamvis non quævis utilitas decreto alienandi impetrando sufficiens sit, tutoribus fortè allegantibus, expedire pupillis prædia quædam divendere, ac vel alia comparare, vel certe his carere, *l. magis puto* 5. §. *si æs* 14. *ff. h. t.* quia, si fundus saxosus sit, aut sterilis, aut pestilens) utique pro fructuum modo tantum est pretium inventurus, *l. pen. ff. h. t.* tamen si tanta tamque manifesta appareat utilitas, ut bonus quisque paterfamilies absque ulla hæsitatione rei alienandæ consilium pro se capturus esset, iniquum foret, decretum in damnum pupilli denegari, atque ita jus illud, quod salubriter in utilitatem pupillorum constitutum est tali in casu in detrimentum eorum detorqueri, & produci ad severitatem, contra *l. quod favore* 6. *C. de legibus*, *l. nulla juris* 25. *ff. de legibus*, veluti si pro fundo sterili ac longe dissito prædium impuberi vicinum magisque fructuosum acquiri possit, præsertim cum idem in rebus quoque placuerit ecclesiasticis, quæ quantum ad juris effectus plerumque bonis minorum comparari solent, *novell.* 7. *cap. ut autem* 2. §. 1. *novell.* 54. *cap. quia igitur* 2. Argentreus *ad consuet. Britann. art.* 481. *gloss.* 4. *num.* 3. Groenewegen *ad l.* 13. *ff. h. t.* & alii ab eo citati. Quibus non adversatur, quod in *l. ob æs* 12. *C. de præd. et aliis reb. minor. etc.* videatur rescriptum ab Imperatoribus Diocletiano & Maximiano, propter *æs alienum tantum* prædii pupillaris distractionem permitti. Etenim vocula *tantum in d. l.* proposita, non ad æs alienum, sed ad causæ cognitionem pertinet, dum non nisi causa cognita distractionis decretum interponitur, ut supra probatum est; adeoque vult, ob æs alienum, *tantum causa cognita*, vendendi licentiam decreto concedendam esse. Alciatus *lib.* 4. *dispunct. cap.* 5. Quod enim censuit Johannes a Sande *de probib. rer. alien. part.* 1. *cap.* 1. §. 4. *num.* 61. nodum hunc solvendum esse, dicendo, causam quidem æris alieni esse expressam in oratione Severi, sed ex sententia ejus orationis & interpretatione ampliorem alienationem etiam permitti ob alias causas, admitti potuisset, si *lex illa* 12. ipsius Severi esset. Sed cum Diocletianus & Maximianus illius constitutionis auctores sint, ac hi imperitaverint post tempus, quo floruerunt Jurisconsulti, quorum responsa in Pandectis occurrunt, in ipsis vero Jurisconsultorum responsis jam interpretationis illius & extensionis exempla fuerint proposita, ut supra demonstratum, male admodum in posteriores Imperatores suo rescripto regulam proposuissent, quæ jam dudum usu & interpretatione Jurisconsultorum ac Imperatorum anteriorum desiderat observari. Ut proinde rectius dispunctio Alciati ad conciliationem adhibeatur. Nec movet, quod a Sandio adducitur, dispunctionem illam refelli per *l. ult. C. de præd. et aliis reb. minor. etc.* in qua rescriptum, debitis *duntaxat* fiscalibus urgentibus, vel ex privatis contractibus natis, decreti interpositionem fieri debere. Sciendum enim voculam *dumtaxat* non habere relationem suam ad debita fiscalia, vel ad debita privata, quibus minor *vel ex patris nomine vel ex suo* reperiebatur obnoxius (sic enim pro debitis extranei, cui minor heres extitisset, bona minoris ex decreto alienari non possent, refragante hac lege: quod absurdum) sed potius ad debita sive fiscalia sive alia *urgentia*; adeoque sensus est, non propter omne debitum sive fiscale sive privatum interponi debere decretum alienandi, sed tum demum, seu tunc *duntaxat*, cum debita illa fiscalia vel privata *urgentia* sunt, sic ut aut dilationem concedere nolit fiscus reliquique creditores, aut gravior usurarum modus urgeat, debitum solvi, ut ab usurarum onere graviore minor liberetur, prout jam ante ab Ulpiano similem in modum responsum fuerat in *l. magis puto* 5. §. *non possim* 9. *in fine ff. h. t.*

9. Quod si in rebus, non nisi ex decreto alienandis, decreti solemnitas non fuerit adhibita, ipso jure nullum plerumque est, quicquid gestum fuit, *l.* 2. *l.* 10. *l.* 11. *l.* 15. *l.* 16. & *passim C. de præd. & aliis reb. minor. etc.* Idemque est, si decretum quidem fuerit interpositum, sed postmodum constiterit, prætori in impetrando decreto obreptum fuisse, *l.* 1. §. 2. *l. magis puto* 5. §. *pen. ff. h. t. l. etsi præses* 5. *de præd. et aliis reb. minor. etc.* arg. *l.* 1. *C. si tut. vel curat. falsis alleg. excus. sit.* Nec aliud dicendum, si prætor decreverit, bona pupilli esse pignori obliganda, eaque per tutorem alienata sint, aut vice versa; eo quod nihil egisse videtur, qui aliud egit, quam a prætore decretum erat, *l. si pupillorum* 7. §. *si prætor* 3. *ff. h. t.* Plane, si prætor alternative bona *vel alienari vel obligari* decreverit, alterutrum agendo tutor decreto paruisse intelligitur, tametsi non bene prætor suo sit videtur functus officio, cum magis ipse statuere debuisset, utrum res obliganda, an alienanda fuerit; non vero tutori liberorum alterutrius faciendi arbitrium permittere, *d. l.* 7. §. *quid ergo*, 4. *ff. h. t.* Denique nec decretum a prætore interpositum pupillo nocebit, si is sciens, causam non esse justam alienandi, nihilominus alienationem putaverit decernendam esse, *l. magis puto* 5. §. *si æs* 14. *ff. h. t.* veluti si decretum intervenerit de facienda simplici & absoluta rerum pupillarium donatione, de prædio pupillari dedicando, de mittendis matri pupilli muneribus nuptialibus, de dote sorori pupilli uterinæ danda, de legatis & fideicommissis indebitis exsolvendis, aliisque similibus, *l. ult. in med. C. si major factus alien. facti si deor. sat. hab. l. ab agnoto* 12. *ff. de curator. fur. et aliis extra min. dandis*, arg. *l.* 1. §. 1. & §. *sed si munus* 5. *ff. de tutela et ration. distrab. l. cum plures* 12. §. *pen. l. tutor secundum* 13. §. *in solvendis* 2. *ff. de admin. et peric. tut.* Sande *de probib. alien. par.* 1. *c.* 1. §. 3. *num.* 21. *et seqq.* Montanus *de tutelis c.* 33. *num.* 326. *et seqq.* Perezius *ad tit. C. de præd. et aliis reb. min. etc. num.* 4. vers. *Sed nec eo.*

10. Hinc variæ pupillo actiones comparatæ sunt, tum contra tutorem non jure alienantem, vel obligantem, tum adversus eos, in quos tutor rerum pupillarium dominium translatum voluit aut obligatum, quibusve debita aliaque jura pupillo competen-

tia remisit. Etenim adversus ipsum quidem tutorem tutelæ actio pupillo datur, ad id quod interest, alienationem absque decreto factam esse, *l. magis puto* 5. §. *pen. ff. b. t. l. cum interdicta* 6. *l.* 7. *C. arbitr. tut.* præterquam quod & extra ordinem tutor coercendus est, si callido ipsius commento, adeoque dolo manifesto, obreptum prætori fuerit, ut decretum interponat, *l. quamvis* 9. *ff. b. t.* Debitor vero pupillaris, non obstante debiti in totum aut pro parte facta remissione, perinde pristina actione ad solutionem compelli potest, ac si remissio non intervenisset, *l. Lucius Titius* 46. §. *ult. ff. de admin. et peric. tut.* Et si rei pupillaris alienatæ possessio a pupillo abierit, contra quemcunque rei istius possessorem pupillo heredique ejus datur rei vindicatio, ad recuperandam rei possessionem, *l. magis puto* 5. §. *pen. ff. b. t. l. non solum* 4. *l. prædia* 3. *C. de præd. et aliis reb. min. etc. l.* 2. *l.* 5. *C. si quis ignorans rem minoris esse, sine decr. compar.* etiam cum fructibus omnibus, si possessor in mala fide sit, *d. l.* 2. *C. si quis ignorans rem minoris esse etc.* sin in bona fide, tantum cum extantibus tempore litis contestatæ, secundum ea, quæ de fructibus explicabuntur in *tit. de acquir. rer. dom.* Ut tamen apposita doli mali exceptione & retentione sibi consulere possit possessor, donec ei a pupillo rem vindicante pretium, quod accepit, in totum vel pro parte restitutum fuerit, prout vel totum pretium vel pars ejus in rem pupilli versa apparet. Quid enim, si tutor ex pecunia per alienationem vel obligationem rei pupillaris quæsita satisfecerit pupilli creditoribus, aut prædia alia utilia inde comparaverit, eamve idoneis collocaverit nominibus? Iniquum sane fuerit, pupillum aliena cum jactura velle lucrum captare, *l. si pupillorum* 7. §. *pen. l. pen. in fine ff. b. t. l. utere* 14. *l. si prædium* 16. *C. de præd. et aliis reb. min. etc.* §. *ult. Inst. quib. alien. licet vel non,* arg. *l. dolus* 3. *ff. quando ex facto tut. min. agere l. patri pro filio* 27. §. *si pecuniam* 1. *ff. de minr.* 25. *annis.* Sed &, si non opposita doli exceptione restitutionem rei perperam alienatæ possessor fecerit, etiam condictione sine causa recte repetet, quod ex pretio in utilitatem pupilli versum est. Quod facit, quod generaliter emtori permittitur *convenire* pupillum pro ea pecuniæ quantitate, quæ in rem ejus erogata est, *l. prædiorum* 10. *C. de præd. et aliis reb. min. etc.* & pupillo *restitutio* injungitur, *l. non solum* 4. *in fin. C. h. t.* & e contrario asseritur, emtorem *frustra pretium postulare,* si illud rationibus pupilli non profuerit, *l. sine berede* 32. §. *interposito* 4. *ff. de admin. et peric. tut.* quodque alibi de reputationibus in restitutione in integrum admissis dictum in *tit. de in integrum restit. num.* 22. & *tit. de minor* 25. *annis num.* 38. Licet enim verum sit, possessione bonæ fidei impensas in rem possessam non alia ratione, quam per exceptionem & retentionem servare posse, *l. si in area* 33. *in fine ff. de condict. indeb.* (adde *t. de petit. bered. num.* 25.), tamen id ad ipsa pretia rerum per possessorem soluta porrigendum non est; cum non modo bonæ sed & malæ fidei possessores post rem evictam pretii soluti repetitionem habeant adversus illos, quibus illud solutum fuerat, ut in *t. de evictionibus num.* 32. est latius adstructum. Atque hinc etiam est, quod, licet venditio contra Senatusconsultum sine decreto facta nullius momenti sit, emtor tamen pignora, quæ curator ex rebus propriis ob evictionis periculum ei obligavit, prosequi non prohibetur, *l. etsi is* 9. *C. de pr. et aliis reb. minor. etc.* Probatio autem non pupillo, sed emtori incumbit, ut doceat, an, & quo usque in utilitates pupilli pretium solutum conversum sit, *l. prædiorum* 10. *l. si prædium* 16. *in fine C. de præd. et aliis reb. minor. etc.*

11. Cæterum si hoc ipsum in controversiam deducatur, utrumque decretum interpositum sit, nec ne, inficias quidem haud eundum, quin plerumque præsumendum in dubio sit, omnia rite atque solemniter gesta esse, sic ut probandi necessitas incumbat ei, qui negotium recte gestum negat, & allegat defectum ejus, §. *scriptam* 17. *Inst. de inutil. stipul.* §. *ult. in fine Inst. de fidejussor.* in favorem tamen minorum obtinuit, ut in dubio rerum pupillarium alienatio inutiliter facta præsumatur, & emtorem ipsum probare oporteat nullas prætermissas esse requisitas in hujusmodi rerum emtione solemnitates; in quo si defecerit, non aliud superest, quam ut pupillo rem vindicanti eandem restituat, *l. quæcunque* 13. §. *ult. ff. de public. in rem act.* arg. *l. cum de indebito* 25. §. *sin autem* 1. *ff. de probat. l.* 1. §. *probatio* 13. *ff. de magistr. conven.* præsertim etiam, quia decreti solemnitas talis est, quæ non in ipso alienationis actu adhibetur, sed ab eo distincta prorsus est, sic ut venditio potuerit legitima solemnitate perfecta esse, & tamen alienandi decretum haud intercessisse; quippe quod ex juris civilis principiis alienationem antecedere debuit, arg. *l. magis puto* 5. §. *non possim* 9. *ff. b. t.* in verbis, *tunc permittet distrahi,* & ex moribus hodiernis vel antecedere vel sequi potest, cum nunc nihil aliud quam emtionis factæ approbatio sit. Plane, si satis aperte per eum, in quem facta alienatio, decreti interpositio probata fuerit, magis est, ut præsumi debeat, omnia solemniter acta esse, adeoque & legitimam præcessisse causæ cognitionem, & urgentem fuisse decernendi causam; maxime si hæc omnia in conscripto per actuarios decreto commemorentur intervenisse, cum credendum in dubio sit, judicem ac magistratum in decernendo recte atque ordine cuncta gesturum esse, ac muneris sibi demandati partes fideliter impleturum, uti quivis alius in dubio bonus atque diligens præsumitur, donec contrarium probatum fuerit, arg. *l.* 2. *C. de offic. jud. civil.* Alciatus *de præsumt. reg.* 3. *præsumt.* 9. Et hoc est, quod in ipsa Severi oratione & ab Ulpiano requisitum fuit, probari oportere, quod prætori obreptum fuerit, ut sua decretum destituatur auctoritate, *l.* 1. §. 2. *magis puto* 5. §. *pen. ff. b. t.* Menochius *de præs. l.* 2. *præs.* 75. Sande *de probibita alienat. par.* 1. *c.* 1. §. 4. *num.* 64. Frustra dissentiente Argentræo *ad consuet. Britann. ar.* 481. *gloss.* 3. *num.* 4. quasi hac admissa præsumtione, frequentissime contingeret, fortunis pupillos everti, & decretis inseri, quæ nec intervenissent, nec ipse Juridicus municipalis nosset facienda esse. Etenim non satis justam talis timoris causam subesse, facile intelliges, si primo consideres, probationem decreti non recte interpositi pupillo permitti, eaque impleta, nullum ex tali decreto substantiæ ejus periculum inferri; ac deinde memineris, etiam rite atque legitime interpositum decretum impedimento non esse, quo minus ætatis beneficio minor in integrum restituatur, ubi docuerit, damnosam si-

bi esse factam ex decreto distractionem, *l. si quidem* 11. *C. de præd. et aliis reb. minor. etc.* quod latius traditum *t. de minor.* 25. *annis num.* 15.

12. Sunt tamen casus varii, quibus etiam sine decreto subsistit immobilium pupilli alienatio; puta, si non ex voluntate atque arbitrio tutoris, sed ex necessitate fiat; prout accidit, si pupillus prædium habens cum alio commune, a socio majorenne ad divisionem provocetur, *l. pen. C. de præd. et aliis reb. minor. etc. l.* 1. §. 2. *in fine ff. b. t.* si a patre pupilli aut alio, cui pupillus heres extitit, prædium pignori fuerit obligatum, & jus suum exsequi creditor voluerit pignoris distractione, *d. l.* 1. §. 2. *in fine ff. b. t. l. non est vobis* 2. *C. de præd. et aliis rebus min. etc.* si ob cessationem in solutione tributorum prædium ab exactoribus distrahatur, tanquam pro pensitationibus fisco pendendis hypothecæ nexu devinctum, *l. ult. C. si propter pensit. publ. vend. fuerit celebrata l. quæcumque* 5. *C. de fide et jure hastæ fiscalis*, si magistratus vel judex prædia pupillaria jusserit pignori capi judicati exsequendi gratia; vel rei servandæ aut legatorum vel damni infecti nomine creditores pupillares miserit in possessionem bonorum pupilli, atque ita prætorii pignoris jura iisdem concesserit, *l. sed si pecunia* 3. §. *pignori* 1. *ff. b. t. l. apud Julianum* 3. §. *ult. l.* 4. *l.* 5. *Fulcianus* 7. §. *plane si non* 10. *ff. quibus ex caus. in possess. eatur*, *l. si finita* 15. §. *si pupillus* 29. *ff. de damno infecto*, arg. *l.* 1. *ff. de fundo dotali*, si fundus pupillaris a tutore petitus non restituatur, & ob id litis æstimationem tutor acceptet, *d. l.* 3. §. *item quæri* 2. *ff. b. t.* si fundus per alium a pupillo petitus sit, qui vere pupilli erat, &, cum contra pupillum esset judicatum, tutores eum victori restituerint ob rei judicatæ auctoritatem, *d. l.* 3. §. *idemque* 5. *ff. b. t.* Nec minus ad alienationem necessariam absque decreto perficiendam recte reduxeris, si pupillus heres institutus, aut legato honoratus, a testatore hereditatem aut partem ejus aut rem singularem hereditariam, sibi ex judicio testatoris quæsitam, alteri restituere rogatus sit, ac impleat voluntatem ejus fideicommissi præstatione *l. magis puto* 5. §. *si fundus* 4. *ff. b. t.* sicut &, si pater, aliusve, cui pupillus successit, certum prædium suum Titio stipulanti spoponderit, aut vendiderit, ac pupillus traditione adimpleat hanc contractam a defuncto obligationem, *d. l. magis puto* 5. §. *sed si pater* 6. & 7. *ff. b. t.* Montanus *de tutelis cap.* 33. *n.* 447. 448. Simili modo propter necessitatem decreto opus non est, si pupillus auctoritate tutoris prædium emerit a tertio cum pacto addictionis in diem, vel retrovenditionis, aut fundum talem, in quo jus retractus ex statuto viget, vel etiam tali heres existat, qui prædium suprascriptis conditionibus sibi comparaverat: cum his in casibus non absolute, sed cum restrictione dominium videatur pupillo quæsitum, videlicet, nisi redimatur, vel retrahatur, vel meliorem alius offerat conditionem: ac proinde, si hæc subsequatur, perinde omnia habenda sunt, ac si fundus pupillo venditus haud fuisset, adeoque non tam alienatus, quam potius ei nunquam acquisitus esset, *l.* 1. *C. quando decreto opus non est.* Tiraquellus *de retract. convent. ad finem tituli n.* 10. & *seqq.* Sande *de probib. rer. alien. part.* 1. *cap.* 1. §. 3. *n.* 19. Pinellus ad *l.* 1. *C. de bonis maternis part.* 3. *n.* 53. Anton. Matthæus *de tutelis disput.* 3. *n.* 13. *in fine*. Quin &, si testator sive pater sive alius, cui pupillus heres extitit, fundum certum a se profectum alienari mandaverit testamento vel codicillis, supervacua decreti impetratio est; cum voluntas testatoris circa res suas pro lege servanda sit, ac ob id tutori necessitas alienationis incumbat, *l. pen. Cod. quando decreto opus non est*, *l.* 1. §. 2. *ff. b. t.* idque ea forma, quæ testamento præscripta est, *l. tutelam* 7. *C. de admin. tut.* etiamsi testamentum postea irritum factum sit, *l. ult. ff. b. t.* Plane, si defunctus alienationem haud præceperit, sed res solummodo, dum vivebat, venales habuerit, non sine decreto subsisteret alienatio; non enim utique, qui ipse voluit vendere, ideo etiam postea putat distrahenda esse, *l.* 1. §. *pen. ff. b. t.* uti nec, si testator, cui pupillus heres est, obæratus existens testamento suo æs omne alienum exsolvi, eumque in finem rerum suarum distractionem fieri jusserit, nulla facta rerum certarum designatione; eo quod tunc adhibita causæ cognitione ac discussione, decernendum a prætore est, quæ res potissimum alienandæ, quæ contra asservandæ sint, Tuldenus *ad tit. C. quando decreto opus non est*, *n.* 6. Ad necessariam denique alienationem pertinet, si delictum minor perpetraverit, cui bonorum publicatio a lege imposita est, Montanus *de tutelis cap.* 33. *n.* 507.

13. Voluntarias quoque alienationes rerum pupillarium aut obligationes sola tutoris auctoritate sine decreto quibusdam in casibus jure perfici, receptum fuit; puta, si vestes attritæ aut animalia superflua, aut fructus & res aliæ, quæ servando servari nequeunt, distrahendæ sint, *l. ult. C. quando decreto opus non est*, *l. lex, quæ* 22. *in fine C. de admin. tut.* Si tutor defensionem impuberis judicio conventi suscipiens, res pupilli pro cautela litis obliget, hoc est, pro cautione de judicato solvendo, *l. ult.* §. *defensionem* 3. *C. de admin. tutor.* Si rem pupillo jure pignoris obligatam vendat, *l. magis puto* 5. §. *si fundus* 3. *ff. b. t.* Si, cum ante res per patrem aliumve, cui pupillus heres extitit, pignori pro debito obligatæ essent aut etiam ex auctoritate tutoris & decreto prætoris per ipsum pupillum, postmodum tutor mutua accepta pecunia sub iisdem aut levioribus usuris, res easdem mutuanti obligaverit, & priorem inde dimiserit creditorem, cui res illæ quondam rite fuerant obligatæ; quasi jus prioris creditoris in sequentem translatum sit, *l. si pupillorum* 7. §. *pen.* & *ult. ff. b. t.* arg. *l. si quis cum* 15. & *l.* 16. *ff. quæ in fraud. credit. fact. sunt ut restit.* Molinæus *de usuris quæst.* 37. *n.* 275. si, cum res pupillaris prius ex decreto pignori obligata esset, creditor deinde jus suum distrahendi velit exsequi; licet tutius fecerit, si rursus prætorem adierit, *l. si pupillorum* 7. §. *si pupillus* 1. *ff. b. t.* si rem pupillarem, alteri solemniter distractam, tutor ob non illatum ab emptore pretium sibi servet, pretio in rationes pupilli relato, arg. *l. tutor rerum* 56. *ff. de admin.* & *peric. tut.* Quibus nonnulli addunt, decreto opus non esse, si tutor Regis aut Principis res quasdam donet, quas pater Principis pro tuenda ac conservanda dignitate sua atque splendore consueverat donare. Tiraquellus *de nobilitate cap.* 37. *n.* 43. Rolande a Valle *tom.* 2. *consil.* 18. *n.* 59. & *seqq.* Illud utique expeditum videtur, ratam manere debere venditionem rei immobilis, quam minor sine decreto & curatore celebravit, cum se tam-

quam majorem gereret, & ita emtorem, ignorantem errore non affectato, decepit, per ea quæ dixi in *tit. de minor.* 25. *annis num.* 43. Sande *decis. frisic. lib.* 2. *tit.* 9. *def.* 16. Montanus *de tutelis cap.* 33. *n.* 478. 479.

14. Sed nec silentio prætermittendum, alienationes illas, quæ initio inspecto ipso jure nullæ erant, tamquam contra Senatusconsultum factæ, subinde ex post facto confirmari posse, præsertim si minor jam major factus alienationem ratam habuerit, etiam invito adversario, *l.* 1. *l.* 2. *C. si major factus alien. fact. sine decr. rat. hab. l. cum interdictæ* 6. *C. arbitr. tutelæ.* Sande *decis. frisic. lib.* 2. *tit.* 9. *defin.* 15. Tuldenus *in C. h. t. n.* 7. *in med.* Pinellus *ad l.* 1. *C. de bon. maternis par.* 3. *n.* 32. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 34. *defin.* 3. sive expresse, sive tacite, dum adversus tutorem aut curatorem jam major factus actionem tutelæ, vel utilem curationis causa, instituit ad æstimationem seu pretium ejus, quod illicite distractum est, *l. illicite* 10. *ff. h. t.* aut etiam ab ipso prædii alienati emtore pretium necdum solutum exegit, arg. *d. l.* 10. Adde *tit. de minor* 25. *annis n.* 44. *circa med.* aut sine ulla querela quinquennium in alienatis ex oneroso, decennium inter præsentes, vicennium inter absentes ex lucrativo titulo elabi passus est, ex quo desiit minor esse, eaque ratione acquievit, *l. ult. C. si major factus alien. fact. sin. decr. rat. hab.* Nec huic repugnat *l. ult. C. de temp. in integr. rest.* Nam etsi restitutio adversus negotia, summo jure valida, intra quadriennium a majorennitate computandum peti debeat; tamen id ad ea, quæ ipso jure nulla sunt, porrigendum non est; cum leges parcius læso succurrant, ubi id, quod valet, infirmandum venit, quam quando agitur de eo, quod ipso jure nullum est, tractu temporis confirmando. Quoties autem minor major factus ratam habendam censet alienationem sine decreto factam, in totum ea comprobanda est; nec concedendum ei, ut in præjudicium illius, in quem facta, eandem pro parte confirmet, pro parte infirmari petat, arg. *l. tutor urgentibus* 47. §. 1. *ff. de minor* 25. *annis l. Julianus* 13. §. *si quis colludente* 27. *ff. de act. emti.* Montanus *de tutelis cap.* 33. *n.* 461. Neque tamen subsecuta ratihabitio sive expresse sive tacite facta impediat quo minus alienationis infirmatio petatur, si is, qui ratum habuit, postea læsionem enormem ultra dimidium docere possit, & ob id experiatur remedio *l.* 2. *C.* de resc. venditione, *l.* 1. *C. si major factus alien. fact. sine decr. rat. hab.* Perezius *ad d. tit. C. si major. factus n.* 4. 5. Brunemannus *ad C. in d. l.* 1. Quid, quod & rata fit alienatio, quæ ab initio nulla erat, si tutor alienans pupillo heres extiterit, saltem pro ea parte, qua heres est; cum æquitas non patiatur, ut jam non in alienum, sed in proprium commodum, contra proprium factum veniat, arg. *l. pen. ff. de fundo dot. l. post mortem* 25. *ff. de adopt.* Sande *decis. frisic. lib.* 2. *tit.* 9. *defin.* 17. Sed &, si tutor, vel pater pupilli, vel extraneus, rem pupilli, sine decreto distraxerit, & pupillus deinde alienanti heres fiat, alienatione pro ea saltem parte, qua successit, confirmari, verius est, per ea, quæ latius tractata in *tit. de rei vindicat. n.* 16. Adde Resp. Jurisc. Holl. *par.* 5. *consil.* 154. vers. *dunkt, onder correctie.*

15. Præter decretum aliasque ex jure civili in alienandis minorum bonis requisitas solemnitates, insuper multis in locis desideratur consensus proximiorum pupilli cognatorum, Statutum Ultrajectin. *rub.* 28. *art.* 6. Montanus *de tutelis cap.* 33. *n.* 37. *et seqq.* Confer Hug. Grotium *manud. ad Jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 15. 16. Tiraquellum *post leges connubiales gloss.* 8. *n.* 49. *et seqq.* qui si venire nolint, aut longe absint, aut detrectent consentire, quid agendum tunc sit, tractat Borgnin. Cavalcanus *de tutor. et curat. sect.* 4. *n.* 10. 13. *et seqq.* Sane, si decretum proximioribus non auditis fuerit interpositum, possunt illi sese in Hollandia opponere distractioni et decreto, mediante appellatione, et Curiæ Hollandicæ mandato pœnali, Resp. Jurisc. Holl. *par* 1. *consil.* 153. Et in genere notandum est, si quæ statuto singulari ulterius in alienatione rerum pupillarium adhibenda sint, eorum omissionem æque nullam facere domini translationem, ac si decretum ipsum et alia similia fuissent prætermissa. Vide Montanum *d. cap.* 33. *n.* 57. *et seqq.*

16. An autem decreto opus sit, si is, qui in loco domicilii pro majorenne habebatur ex impetrata ætatis venia, vel nuptiis contractis, vel requisito ad majorennitatem minore annorum numero, vendere velit prædium in ea situm regione, cujus lege majorennitas eo modo non inducitur, seu ubi tales adhuc pro majorennibus habentur, & vice versa, discussum antea fuit in *tit. de minor.* 25 *annis n.* 5. 8. *& seqq.* Quod si vi statuti quis habeatur pro majore, sed caveatur statuto eodem, ne intra certam constitutus ætatem alienet immobilia sine consensu propinquorum, non est existimandum, remissam esse eo in casu decreti solemnitatem, quasi solus cognatorum consensus sufficeret: sed magis solemnitas nova adhibendi consensus cognatorum solemnitati adhibendi decreti videtur superaddita: nam & cum jure civili hi, qui veniam ætatis impetrabant, pro majorennibus haberentur, tamen in rerum immobilium alienationibus respectu decreti ab aliis minoribus haud erant distincti, quibus ætatis venia data non erat, *l. pen. C. de his qui ven. ætat.* eoque facit, quod in Statuto Ultrajectino superius recensito *rubr.* 28. *art.* 6. proponitur requisitus consensus tutorum, quantum ad puellas anno vigesimo demum a tutela liberandas, & consensus cognatorum quantum ad masculos, qui anno ætatis decimo octavo a curatoria potestate liberati, ante annum vigesimum res suas immobiles in alios transferre vellent, ac proinde, uti solus tutorum consensus ad alienationem haud sufficiebat absque decreto, ita nec cognatorum, partibus tutoris ob finitam maturius tutelam fungentium. Vide Montanum *de tutelis d. cap.* 33. *n.* 37. *& seqq.* Parent. p. mem. Paulum Voet *de statutis sect.* 7. *cap.* 2. *n.* 15.

17. Dicta hactenus de rebus pupillorum sine decreto non alienandis, etiam ad res ecclesiæ, orphanotrophii, gerontocomii similiumque, porrigenda videntur, cum in hæc in restitutionibus aliisque plurimis utantur minorum jure, & rerum talium administrationem habentes dicantur quasi tutores ac curatores, *l. Orphanotrophos* 32. *C. de episc. & cleric.* quod & ipsum evinci plenius potest ex iis, quæ dicta in *tit. de minor.* 25. *annis n.* 55. imo, licet jus civile in vendendis minorum rebus auctionem publicam non exegerit, tamen in rerum ecclesiasticarum distractione eam fuisse necessariam, vel inde colligi potest, quod in *nov.* 120. *cap. & hoc quidem* 6. §. *in venerabilibus* 2. *post med.* requiritur, ut fundi eccle-

siastici proscriptio pendeat per viginti dies, deinde addicatur ei, qui plus obtulerit, Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 3. *n.* 5. Adde omnino de rerum ecclesiæ alienatione Menochium *de arbitr. judicum lib.* 2. *casu* 172. Parentem p. mem. Paulum Voet *de mobil. & immobil. cap.* 17. *n.* 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. Groenewegen *ad l.* 14. *C. de sacros. eccles.* Et quo modo, quibus observatis, res fisci, civitatum, pagorum, vicorum, auctione publica secundum mores hodiernos alienandæ sint, vide Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *cap.* 3. *n.* 6. 7. 8. 9.

TITULUS X.

De curatoribus furioso et aliis extra minores dandis.

SUMMARIA.

1. *Recensentur plurima communia tutoribus & curatoribus. Moribus nostris tutela & cura omnino confusa est, sic ut tutela ad majorennitatem continuetur.*
2. *Enumerantur ex jure civili plures differentiæ inter tutelam & curam minorum; ubi &, an curator testamento dari possit? Invitis minoribus curator non datur, exceptis paucis casibus; respondetur objectionibus. Moribus tamen contrarium obtinet, & contractus minorum sine curatore nulli sunt. Quomodo bodie minores in judicio consistant civili & criminali? Curator ad lites dari potest a judice, apud quem litigandum; nec talis cavet, rem pupilli salvam fore.*
3. *Datur curator majori dementi, aut furioso; tales nec sensum nec intellectum habent, ac absentium loco sunt. An opus sit decreto prætoris aut publicatione, ut quis pro furioso habeatur? An valeant gesta per furiosum in furore, sed antequam ei curator datus esset, quæve gessit post curatorem acceptum jam sanæ mentis factus.*
4. *Quando furiosus dilucida habet intervalla, quæ tunc sint partes curatoris tum tempore furoris, tum tempore intervalli dilucidi? An in dubio quod in furore, an magis tempore intervalli, gestum præsumatur?*
5. *Quæ sint officia curatoris furioso dati? Quo modo, & ad quos effectus, curator pro furioso adeat & acquirat hereditatem furioso delatam? Item legata & fideicommissa?*
6. *De curatore prodigis dando, quales illi sint, quæ formula iis fuerit interdictum bonis? & de veterum frugalitate, legibusque sumtuariis.*
7. *Postquam prodigo bonis interdictum est, nec se nec sua obligare vel alienare potest, nec fidejussor pro eo sine curatore promittente obligatur. Non fit quis ipso jure prodigus, & gesta ante decretum, quo bonis interdicitur, firma sunt, nec restitutione convelluntur, licet a vero prodigo gesta. Nec ipso jure, sed demum contrario decreto desinit prodigus esse; nec valent gesta ante impetratum decretum contrarium, licet re ipsa jam ad sanos mores redierit, vel nunquam vere prodigus fuerit, sed per subreptionem decretum adversus eum tanquam prodigum interpositum sit? satisfit objectionibus.*
8. *Moribus necessarium est, ut fiat publicatio solemnis decreti, quo alicui bonis interdicitur.*
9. *In multis prodigi magis pupillis quam furiosi comparantur; quatenus sine curatore sibi acquirunt, novando meliorem conditionem faciunt, omnia auctore curatore agunt, ex delictis obligari possunt.*
10. *Apud nos furiosis aut prodigis curator datur non a camera pupillari, sed a Curia provinciali vel ab urbium magistratibus. Si pater filio tanquam furioso aut prodigo curatorem testamento dederit, an, & quando is a magistratu confirmari debeat? Pater liberis & liberi parenti furioso vel prodigo possunt curatores dari. An & uxor marito? An uxor & liberi subsint curatori sui patris aut mariti furiosi?*
11. *An in loco domicilii prodigus declaratus, ubique pro tali habendus sit, etiam quoad immobilia in alio territorio sita? Quid juris, si quis degens extra locum, in quo decreti publicatio facta, & decreti ignarus, cum prodigo contraxerit, & fidem ejus secutus sit?*
12. *An & curator dandus sit turpiter viventibus, meretricibus, si de cætero suum patrimonium non profundant?*
13. *An, & quo usque mutis, surdis, perpetua valetudine adversa laborantibus, curator detur? Et quo usque illi se & sua obligare ac alienare possint sine curatore?*
14. *De antiqua cura corporum ecclesiasticorum, veluti monasteriorum.*
15. *Quo modo finiatur cura? ubi de majorennitate, nuptiis, ætatis venia, deque concursu variantium statutorum, & migratione ad locum alio jure utentem circa curam finiendam, aliisque,* remiss.
16. *Unde alia de curatoribus eorumque officiis petenda sint?*

1. QUæ de pupillis eorumque tutoribus, ac pro tutore gerentibus, in hoc & superiore libro dicta hactenus, etiam ad curatores minorum annis viginti quinque secundum jus Romanum maxima ex parte extendi debent. Unde innumeræ prope inter tutelam & curam, tutores ac curatores convenientiæ nascuntur: utrique enim munus gerunt publicum auctoritate, & ob id inviti captis pignoribus, indicta mulcta, ad illud subeundum compelli possunt, iisdemque de causis sese excusare, ab officio tanquam suspecti removeri. Iidem qui tutores, etiam curatores dantur, & ab iisdem magistratibus, a quibus & tutores, §. 1. *Instit. de curat.* ac quoties testamento non jure dati sunt, confirmantur vel cum vel sine inquisitione pro diversa dantium conditione, *d.* §. 1. nec ante sese immiscent administrationi, quam si prius repertorium confecerint, atque secundum distinctiones ante traditas caverint rem pupilli vel adolescentis salvam fore, *l.* 1. & *tot. tit. C. de tut. vel curat. qui satis non dedit, l. de creationibus* 27. *C. de episc. audentia, l. dativus* 7. *l.* 8. *ff. rem pupilli salvam fore.* Adhæc utrique eos, quibus dati, in judicio defendunt, eorum patrimonium viri boni arbitratu administrant, debita exigunt, credita solvunt, pecunias in emtionem prædiorum impendunt, aut fœnori collocant, iis ex facto suo obligationem acquirunt, ac vicissim eos aliis obligatos efficiunt; res

eorum immobiles non nisi ex decreto alienant, &c, si plures unius tutelam curamve gerant, vel omnes administrare possunt, pro partibus divisis aut indivisis, vel uni tota administratio permitti. Sed & utrique ad rationes reddendas, reliqua inferenda, culpæque ejusdem præstationem obstricti sunt, ac bona eorum hypotheca legali pro eo devincta; quin & eodem ordine utrique ex administratione sua & collegarum conveniendi, ac utrobique subsidiariæ actioni locus est in eos qui aut minus idoneos dederunt tutores, aut nullos vel non idoneos admiserunt fidejussores; denique judiciis contrariis indemnitati curatorum æque ac tutorum consultum est. Quæ summo digito tetigisse suffecerit, cum singulorum exactor explicatio jam in anterioribus facta sit; sed & ita obiter enarrare utile visum, quia moribus hodiernis non illæ tantum convenientiæ admissæ sunt, sed amplius in universum omnis inter tutelam & curam differentia sublata, confusis tutelæ curæque juribus, ac tutela sive cura ad majorennitatem usque continuanda, sine ulla interruptione aut personarum mutatione; uti id testatur Lambertus Goris *adversar. tract.* 4. §. 14. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 5. §. *in fine.* Wesel *ad novellas const. Ultraject. art.* 13. *n.* 1. 2. 3. Wissenbac *de different. theor. & prax. n.* 21. post Institut. *disput.* 57.

2. Jure tamen civili nonnullas inter tutelam & curam minorum differentias intercessisse in aperto est: præterquam enim, quod tutor personæ, curator rei datur, neque certæ rei vel causæ regulariter tutor dari potest, *l. certarum* 12. *& seqq. ff. de testam. tut.* §. *pen. Inst. qui testament. tut. dari*, ibique DD. quoque tutorem habenti curator quidem, at non tutor recte datur, sicut & curatorem habenti curator addi potest, §. *interdum* 5. *Inst. de curator.* ibique DD. *l. si tutor* 9. *ff. de suspect. tut. l. ventri* 20. *in fine ff. de tut. & curat. dat. ab his l.* 2. *l.* 3. *ult. C. in quib. casib. tut. vel curator. habenti tut. vel curator. dari pot.* & pupillus tutorem suspectum postulare nequit, minor vero curatorem omnino ex consilio necessariorum, §. *impuberes* 4. *Inst. de suspect. tut.* illud insuper interfuit, quod pupilli nullo modo sine tutoris auctoritate potuerint obligari, *pr. Inst. de auct. tut.* at omnino sine sui curatoris consensu minores, quoties tantum de persona obliganda quæstio erat, nec alienatio bonorum sequi debebat, *l. puberes* 101. *ff. de verb. oblig.* Adde *t. de minor.* 25. *annis. n.* 52. Sed & matri ac aviæ, aliisque successionem ab intestato sperantibus, necessitas imposita petendi tutorem liberis suis, impuberibus tutore destitutis, si nolint ab eorum intra pubertatem morientium successione depelli, *l. si minores* 2. §. 1. *ff. qui pet. tut. l.* 2. §. *si mater* 23. *ff. ad Senatusc. Tert. l. sciant* 10. *C. de legit. hered. l. omnem* 6. *C. ad Senatusc. Tert.* neutiquam vero curatorem liberis puberibus minorennibus, utpote qui sibi ipsis petere possunt, *l. matris* 6. *C. qui pet. tut. l.* 1. *ff. qui pet. tut.* Tutores quoque testamento jure dari potuisse, manifestum est *ex tot. t. ff. de testam. tut.* §. *permissum* 3. *et seqq. Inst. de tutelis*, *tot. t. Inst. qui test. tut. dari poss.* curator ex adverso non recte testamento datur, ideoque confirmandus fuit, §. *Inst. de curat.* quod tamen jure novissimo mutatum videtur, quatenus unicuique Justinianus permisit, testamento curatorem dare rebus, quæ ex ipsius liberalitate ad minorem delatæ sunt, *novell.* 117. *cap.* 1. §. 1. idque etiam moribus hodiernis conveniens est. Groenewegen *ad* §. 1. *Inst. de curat.* Parens p. mem. Paulus Voet *ad d.* §. 1. *n.* 2. Denique etiam invitis pupillis dari tutores, nec ulla ratione ante pubertatem huic tutoriæ potuerunt potestati subduci impuberes vigentes viventesque, quin rursus alteri subjicerentur, cujus regerentur auctoritate, dum forte tutorum omnium consensu sese alteri adrogandos dabant. Contra minores inviti non recipiebant curatorem præterquam ad litem, §. *item inviti* 2. *Inst. de curator.* aut ad rationes administratæ tutelæ sibi a tutore reddendas, *l. admone* 7. *C. qui pet. tut.* aut ad debita sibi a debitore exsolvenda, *l. ait prætor* 7. §. *sed et si* 2. *ff. de minor.* 25. *annis.* Extra hos casus sibi suo arbitrio petebant curatorem, quoties id res suas exigere existimabant, *l. matris pietas* 6. *C. qui pet. tut.* nec aliter iis soliti curatores dari, quam si id desideraverint, *l. si impuberi* 13. §. *ult. ff. de tut. & curat. dat. ab his.* Unde & tutori post finitam tutelam per constitutiones injunctum fuit, admonere pupillum jam puberem factum, ut sibi curatorem petat, *l. ita autem* 5. §. *si tutor* 5. *ff. de admin. & peric. tut.* nec ipse poterat minori curatorem petere, etiamsi ei jam puberi facto vellet rationes reddere administrationis suæ; sicuti nec extraneus qui minori litem illaturus erat; verum uterque etiam tunc sola admonitione debebat uti, non aliter ad curatorem minori, suo quondam pupillo, vel futuro in lite adversario, petendum admittendus, quam si is ob rationum redditionem litemve excipiendam admonitus, id facere neglexisset, *l.* 1. *l. admone* 7. *C. qui pet. tut.* Quibus respondet omnino, quod ex Ulpiano tradit Modestinus, non licere, alium minori curatorem petere, sed ipsum sibi; curatoremque ignorante, ac non mandante pupillo non recte ei a tutore petitum videri, *l.* 2. §. *an autem* 5. *ff. qui det. tut.* uti &, quod Paulus scripsit, eum, qui curatorem alicui præsenti petit, non aliter audiri, nisi adulto consentiente, si absenti, cavere debere, ratam rem eum habiturum, *l. mutus & surdus* 43. §. *is qui* 3. *ff. de procurat.* Et quia regulariter nec alius minori curatorem petere poterat, nec minor sibi eum petere tenebatur, hinc pluribus in locis minores proponuntur curatore carentes, *l. ait prætor* 7. §. *sed & si* 2. *ff. de minor.* 25. *annis*, *l. si curatorem* 3. *C. de integr. rest. minor. d. l.* 1. *d. l.* 7. *C. qui pet. tut.* Vanumque effugium est, illos de facto quidem sine curatore fuisse; prout id etiam pupillis frequenter eveniebat, quibus ideo tutores petendi erant, sed de jure illos non potuisse sine curatore esse, verum omnino compellendos fuisse, ut sibi ipsis curatorem peterent, *l. matris* 6. *C. qui pet. tut. d. l.* 7. §. 2. *ff. de minor.* 25. *annis.* Etenim si de jure non potuissent curatore destituti esse, perperam Imperatores in *d. l.* 3. *C. de integr. rest. minor.* alios juris effectus constituissent in iis, qui curatorem habentes, quam in iis, qui curatore carentes, damnosos sine curatore contractus inivissent; dum sanciverunt, contractus minorum curatorem habentium similes censendos iis, qui per eos, quibus bonis interdictum, sine curatore celebrati sunt, adeoque ipso jure nullos esse; validos vero ipso jure, & per restitutionem intra tempora legitima petendam infirmandos, si sine curatore constituti contractum fecis-

sent, sed sibi damnosum, cum tamen alius effectus in pupillo non sit, ubi ille de facto existens sine tutore contraxit: quippe cujus conventiones sine tutore initæ ipso jure nullæ sunt, sive de facto carens tutore solus contraxerit, sive tutorem habens ejusdem non adhibuerit auctoritatem, *pr. Instit. de auctorit. tutor.* Præterquam quod gratis asseritur, minores ad curatorem sibi petendum compellendos fuisse: cum potius ex *d. l.* 7. §. 2. *ff. de minorib.* 25. *annis*, apertum sit, tum demum illos ad id adigendos esse, cum debitor iis solvere, & se ab obligatione liberare vult: qualis exceptio confirmat regulam de minoribus ad curatorem petendum haud compellendis. Quod vero attinet, *d. l.* 6. *C. qui pet. tutor.* nulla petendi curatoris necessitas per eam minori imponitur, sed id unum constituitur, matrem non debere filio minori curatorem petere, sicut nec tutor, nec ullus alius secundum ante probata; sed ipsum minorem id agere debere, non ex necessitate, nec omni in casu, sed tunc, cum *res ejus id exigere videbitur*, *d. l.* 6. *in fine*. Et sane, quod is, qui minori rationes administratæ tutelæ reddere, vel cum eo litigare, aut debitum ei solvere vult, in subsidium ob negligentiam minoris curatorem non petentis, ei tandem invito curatorem jure petat, id inde est, quia jam minor non suo tantum, sed & alterius cum damno cessat in curatore petendo; ut proinde illis, quorum intererat, ut in lite obtinerent, vel a debito aut rationibus liberarentur, permittendum fuerit, damni sui depellendi causa curatorem minori invito petere. At cæteris in negotiis non ita alterius, sed in omnem eventum solius minoris interest, ut curatorem petat; nec alius, sed ipse solus ex illa non petiti curatoris negligentia damnum sustinet: cum nemo invitus aliquid cum minore agere, gerere, contrahere constringatur, neque damnum metuat, si ab omni abstineat contractu cum minore ineundo, adeoque sponte cum tali contrahens sibi imputare debeat, quod fidem minoris solius secutus sit, nec contrahere cum eo recusaverit, donec sibi curatorem peteret, vel fidejussorem a minore non exegerit in casum impetrandæ deinceps restitutionis. Nec hisce adversatur Capitolinus *in vita Marci Antonini Philosophi, cap.* 10. *in fine*, scribens *de curatoribus vero, cum ante non nisi ex lege Lætoria vel propter lasciviam vel propter vehementiam darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis.* Cum jam a Vinnio recte observatum fuerit, olim ex lege duodecim tabularum minoribus nullo modo adversus læsiones & circumscriptiones prospectum fuisse per curatorem; lege deinde Lætoria permissum fuisse, curatores etiam minoribus peti, at non promiscue omnibus, verum lascivientibus, aut dissolutius viventibus, aut ineptis, hebetibus atque dementibus, allegatis apud magistratum atque probatis talibus curatoris petiti causis: sed cum id odiosum esset, ac pudorem eorum, quibus curator dabatur, sugillaret, tandem ab Antonino Philosopho constitutum fuit, *ut omnes adulti curatorem acciperent non redditis causis*, hoc est, indiscriminatim curatores accipere possent, remissa necessitate allegandi & probandi causas istas odiosas *lasciviæ vel dementiæ*, quod lex Lætoria exigebat, Vinnius *ad* §. 2. *Instit. de curator.* Contra, quam jure etiam novissimo in dando majoribus curatore placuit, utpote quibus non nisi redditis prodigalitatis, furoris, aut dementiæ similibusque causis, & prætori approbatis, curator constituendus erat. *Observare prætorem oportebit*, inquit Ulpianus, *ne cui temere, citra causæ cognitionem plenissimam, curatorem det; quoniam plerique vel furorem vel dementiam fingunt, quo magis curatore accepto onera civilia detrectent*, *l.* 6. *ff. h. t.* Quæ & ratio est, quod idem Ulpianus censuit, si minor viginti quinque annis furiosus sit, curatorem ei non ut furioso, sed ut adolescenti dari, quasi ætatis esset impedimentum; & generaliter ei, quem ætas curæ vel tutelæ subjicit, non esse necesse curatorem quæri quasi dementi, magisque ætati, quam dementiæ tantisper consulendum esse, dum nihil odiosi allegandum, ubi minori curator petitur; furor vero vel amentia alleganda & probanda, antequam alicujus quasi furiosi cura demandanda est, *l. qui habet* 3. §. *quia autem* 1. *ff. de tutelis.* Sed nec superius adstructæ sententiæ obest illud Callistrati, *officium tutorum curatoribus constitutis finem accipere*, *l. a tutoribus* 33. §. *officium* 1. *ff. de admin. & peric. tut.* Nam etsi verum sit, finiri tutelam succedente cura, non tamen inde sequitur, minores ex juris necessitate & invitos curæ fuisse subjectos, aut alio modo tutores oneri atque periculo tutelæ, quam post surrogatum sibi curatorem, subducendos non fuisse, magisque est, ut ipso jure per pubertatem tutela finita dicatur, si modo tutor pupillum jam puberem factum admonuerit, ut sibi curatorem petat, licet ille necdum petierit, *l. si impuberi* 13. §. *ul. ff. de tut. & curat. bab. ab his*, junct. *l. ita autem* 5. §. *si tutor pro pupillo* 28. *ff. de admin. & peric. tut. l. si tutor post* 13. *l.* 14. *ff. de tut. & rat. distrab.* Denique dictis non repugnat, quod Ulpianus scripsit, *bodie in banc usque ætatem* (sc. 25. annorum) *adolescentes curatorum auxilio regi, nec ante rei suæ administrationem iis committi debere, quamvis bene rem suam gerentibus*, *l.* 1. §. *ult. ff. de minor.* 25. *annis.* Cum illic agatur de minore, qui sponte sua curatorem petit atque admisit, cum id res ejus exigere videretur; a cujus potestate semel admissa deinceps ante impletum vicesimum quintum ætatis annum liberari non poterat; eo modo, quo ab initio quidem libera cuique potestas est habendi vel non habendi contractus; at renunciare semel constitutæ per contractum voluntarium obligationi permissum non est, *l. sicut initio* 5. *C. de oblig. & act.* Et hinc etiam ambitiosa dicuntur Consultum & Præsidum decreta, quibus illi minoribus rerum suarum permittebant administrationem; cum solius Imperatoris fuerit, ætatis veniam minoribus indulgere, *l. denique* 3. *ff. de minor.* 25. *annis.* Cæterum confusis apud nos tutelæ ac curæ juribus, dubium esse nequit, quin inviti minores æque suis subjiciantur curatoribus, ac pupilli inviti tutores admittere compellantur. Groenewegen, & Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 2. *Inst. de curat. n.* 2. Nec minus minorum, quam impuberum contractus, sine curatore initi, ipso jure nulli sunt. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 17. *num.* 10. Quo autem modo minores litigent, ac in judicio consistant ex more hodierno, & an de crimine a se commisso interrogati auctore curatore, an aliter respondeant, dictum *in t. de judiciis n.* 12. *& seqq.* Neque prætermittendum hic, curatorem minori ad litem non præcise per judicem domicilii dandum esse, sed & per eum

posse constitui, apud quem lis agitanda est, maxime, ubi minori cum suo curatore controversia intercedit, Mynsingerus *cent.* 1. *observ.* 87. nec hunc ad litem datum compelli oportere ad cautionem interponendam, rem pupilli salvam fore, Ant. Faber *C. lib.* 5. *t.* 40. *defin.* 6.

3. Dantur insuper propter animi vitium curatores majoribus dementibus, qui scilicet quieti, & sine impetu, rationis usu carent; nec non furiosis, qui cum impetu insaniunt, non modo fatua multa & deridenda loquentes, sed & brachia atque caput jactando, saxis, ac clamoribus alios in publicis privatisve locis infestando, arg. *l. Judæis* 3. *C. de Judæis & Cælicolis l.* 1. *§. apud Vivianum* 9. *&* 10. *ff. de ædil. edicto*, aliisque manifestis furoris indiciis sese prodentes, qualia secundum Senecam *lib.* 1. *de ira cap.* 1. certa sunt, *audax & minax vultus*, *tristis frons*, *torva facies*, *citatus gradus*, *inquietæ manus*, *color varius*, *crebra & vehementius acta suspiria*. Cum enim nullus horum consensus sit, *l. emtionem* 2. *C. de contrahend. emt.* nulla voluntas *l. furiosi* 40. *ff. de reg. juris* nullus affectus *l.* 1. *§. furiosus* 3. *ff. de acquir. vel amitt. possess. l.* 1. *§. hoc edicto* 6. *ff. ne vis fiat ei qui in possess. miss.* nullus sensus aut certa vox, *l. sancimus* 7. *pr. C. ad senatusc. Trebell.* animus nullus, *l. si is qui animo* 27. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* sic ut ne delinquere quidem possint, aut ex facto, in aliis delictum constituente, obligari, *l. sed & si* 5. *§. & ideo* 2. *ff. ad leg. Aquil. l. infans* 12. *ff. ad leg. Cornel. de sicariis l. pen. §. ult. ff. ad leg. Pomp. de parricid. l. Divus Marcus* 14. *ff. de offic. præsidis l. illud relatum* 3. *§. sane sunt* 1. *ff. de injuriis*, ac denique pro absentibus, mortuis, quiescentibus, dormientibus habeantur, *l. ult. ff. de verb. signif. l.* 1. *§. furiosus* 3. *ff. de acquir. vel amitt. poss. l. ubi non voce* 124. *§.* 1. *ff. de reg. juris l. sed si unius* 17. *§. filiofamilias* 11. *ff. de injuriis*, *l. si ei* 2. *§. pen. ff. de jure codicill.* ac ob id sibi aut rebus suis regundis haud sufficiant; necesse fuit, ipsis post plenissimum examen, an vere furiosi & majorennes sint, curatorem dari, *§. furiosi* 3. *Inst. de curator. l. observare* 6. *ff. h. t.* junct. *l. qui habet.* 3. *§. quia autem* 1. *ff. de tutelis.* Non tamen ad id, ut quis pro furioso habeatur, decreto opus est; uti nec ad id, ut desinat furiosus esse, usque adeo, ut nec declaratoria requiratur sententia, ac ipso jure nulla sint etiam omnia illa, quæ a furioso ante curatorem acceptum acta, gesta aut transacta sunt, tanquam consensu destituta; atque ex adverso valeant, quæ cessante naturaliter furore per eum jam ratione utentem expediuntur, arg. *l. cum aliis* 6. *C. de curatore furiosi*, unde nec solemnis publicatio furoris, uti quidem prodigalitatis, facienda est, etsi negari nequit, quin decreto opus sit ad id, ut curator constituatur, arg. *l. observare* 6. *ff. h. t.* & ut curator furioso datus tuto possit ac sine periculo intermittere rerum furiosi administrationem, Christinæus *ad leg. Mechlin. t.* 19. *art.* 29. *n.* 2. Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 490. *n.* 1. *& seqq.*

4. Quod si non perpetuum furoris infortunium sit, sed dilucida furens intervalla habeat, curator ei datur, pro modo quidem & diuturnitate furoris administraturus, cessante vero furore ab omni abstenturus rerum curatione, eamque domino jam mentis compoti perinde relicturus, ac si is nunquam furore laborasset, idque donec furoris impetus redintegratur, utpote quo in casu curæ quoque administrationem redintegrari necesse est. Quo fit, ut unus idemque nomen quidem curatoris in omne tempus habeat, effectum autem quoties intermissus furor recrudescit, *l. cum aliis* 6. *C. de curat. furios.* arg. *l. cum furiosus* 39. *ff. de judiciis §. præterea* 1. *Inst. quib. non est permiss. fac. test. furiosum* 9. *C. qui testam. fac. poss. l. emtionem* 2. *C. de contrab. emt.* An autem gesta ab eo, qui nonnunquam furoris habet laxamenta, in dubio præsumi debeant tempore dilucidi intervalli, an magis in ipso furore gesta esse, prudentis judicis æstimationi ex antecedentibus, consequentibus ac concomitantibus negotii celebrati circumstantiis relinquendum, Mævius *ad jus Lubecense lib.* 1. *t.* 7. *art.* 6. *n.* 25. 26. Si enim actus gestus nullam sapiat insaniam, si omnia inveniantur prudenter & recte atque ordine tractata, non dubitandum, quin a mentis compote profecta sint, ut proinde probandi onus mentis alienationem arguenti imponendum sit, *l. in codicillos* 5. *C. de codicillis*. Contra, si quæ furoris indicia vel vestigia apparuerit, si non ipse gesserint omnia, sed interrogantibus aliis suum consensum simplici responso affirmate gestis adhibuerit, potius est, ut tempore furoris hæc acta credantur. Quibus vero modis furor aut dementia probetur, unde præsumatur, vide Menochium *de præsumt. lib.* 6. *præsumt.* 45. Mascardum *de probationibus conclus.* 825. *ibique additamenta*, *& conclus.* 826. 827. 828.

5. Est autem curatoris hujus officium, durante furore, consilio & opera defendere furiosum & facultates ejus, eique de necessariis prospicere, eodem modo, quo id intuitu pupilli tutoribus incumbit. Ut tamen in hereditatibus furioso delatis non idem per omnia observetur, quod in iis, quæ pupillo delatæ sunt. Etenim paterna quidem hereditate ad filium furiosum devoluta, non dubium, quin ad eam tanquam suus heres veniat, eamque pleno acquirat jure, *l. ult. §. sin vero* 2. *ff. de curat. furiosi*, si vero cognati vel extranei hereditas ei obvenerit, sive jure civili, sive prætorio, curator jure singulari pro eo non modo bonorum possessionem agnoscere, sed & hereditatem adire potest, *d. l. ult. §. tali* 7. *C. de curat. furiosi*, cum alioquin actus legitimi quibus & accensita hereditatis aditio, per interpositam personam expediri nequeant, *l. per curatorem* 90. *ff. de acquir. vel omitt. hered. l. potuit* 5. *ff. de jure deliber.* junct. *l. actus legitimi* 77. *leg. nemo alieno* 123. *ff. de reg. juris.* Verum tamen non ita furiosum hæc obligabit aditio, quin adhuc, ubi pristinæ mentis integritati restitutus est, & hereditatem deprehendit damnosam esse, repudiare eandem possit, tanquam non agnitam, nullum inde lucrum percepturus, nec damnum passurus, *d. l. ult. §. sin autem ipse* 9. *C. de curat. furiosi.* Sed & si post aditionem a curatore factam in furore decesserit, non ita reliquo defuncto patrimonio aggregata censebuntur bona illa, quæ aditione quæsita sunt, ut utraque simul ad furiosi heredem devolverentur, sed potius ad substitutos, vel alios ab intestato heredes ejus, cui furiosus successerat, pervenient, perinde atque si furiosus ipse ante delatam sibi hereditatem fato functus esset. Secus, quam est in legatis ac fideicommissis, quæ titulo mere lucrativo obvenientia furioso, sic protinus patrimonio ejus adjiciuntur, ut post mortem furiosi heredibus ejus una cum reliquis bonis cedent, *d. l. ult. §. sin autem* 8.

C. de curat. furiosi. Quæ quo usque nunc obtineant, circa hereditatem extraneorum, furiosis delatam, vide Groenewegen *ad l. ult. C. h. t.* Sande *decis. fric. lib.* 4. *l.* 8. *defin.* 9.

6. Furiosis comparati in multis prodigi, quippe qui furiosum faciunt rerum suarum exitum, *l. his qui* 12. *§. ult. ff. de tut. & curat. dat. ab his.* (Adde *l. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah. n.* 13.). Quamvis enim suæ quisque rei moderator atque arbiter, pleraque circa eas ex proprio animo faciat, non tamen omnia, *l. in re mandata* 21. *C. mandati.* Hinc, cum paulatim apud Romanos cresceret opulentia, simulque pro aucta opum mensura diminueret laudabile frugalitatis studium, majoribus seculo severiore tantopere comprobatum, & ab avita parcimonia posteris discedentibus, usque adeo luxus invalesceret, ut merito metueretur, futurum, ut luxuria opulentiæ filia matrem esset devoratura, & plerique in patrimoniis amplis helluantes, familiam pecuniamque prandiorum gurgitibus profuturi essent, sapientissime huic malo legislatores Romani censuere obviam eundum, ac certis finibus effervescentem luxuriæ æstum coercendum, latis pluribus legibus sumtuariis, quas ordine recensitas vide apud Gellium *noct. Attic. lib.* 2. *cap.* 24. & Rosinum *antiquit. Roman. lib.* 8. *par.* 2. *cap.* 13. adde Argentræum *ad consuet. Britan. art.* 491. *gloss.* 1. Et licet hæ situ ac senio obliteratæ identidem, seculis delicatioribus quieverint omnino atque dormiverint, quia tamen perpetuo mansit comprobata regula illa, *expedire reipublicæ, ne quis re sua male utatur §. ult. in med. Inst. de his qui sui vel alien. juris*, illud quoque in usu remansit, personis singularibus, quæ nullum luxui modum ponerent, ad petitionem parentum aut aliorum propinquorum, decreto magistratus bonis interdici, ac curatorem dari; illis inquam, qui secundum Ulpianum neque tempus neque finem expensarum habent, sed bona sua dilacerando & dissipando profundunt, *l.* 1. *ff. h. t.* quibusque imminet illud Poetæ:

Comesum, expotum, exunctum, elotum in balneis
Piscator, pistor abstulit, lanii, coqui,
Olitores, myropolæ, aucupes: confit cito,
Quam si tu objicias fornicis papaverem.

Unde & hac fere formula prætor interdicens utebatur, *quando tua bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico*, teste Paulo *recept. sent. lib.* 3. *t.* 4. *§.* 7.

7. Post hanc vero interdictionem sine curatore neque bona alienare prodigi possunt, neque se obligare; adeo ut ne fidejussor quidem pro talibus interveniens devinctus efficiatur, non magis, quam si pro furioso intercessisset, *l. is cui bonis* 6. *ff. de verb. oblig. l. Julianus* 10. *ff. h. t.* Ut tamen inter prodigum & furiosum illud intersit, quod contractus furiosi ipso jure nullus sit, utcunque celebratus, antequam ei qua tali curator datus est, ut supra monitum: at gesta a prodigo, patrimonium jam inutiliter consumente, antequam decretum prætoris est interpositum, adeoque interdictione vetustiora, rata ac firma maneant, nulla sub obtentu prodigalitatis restitutione concedenda, arg. *l. is, cui lege* 18. *ff. qui testam. fac. poss.* Sande *de probib. alienat. par.* 2. *cap.* 1. *num.* 16. Argentræus *ad consuet. Britan. art.* 495. *gloss.* 1. Tuldenus *ad t. C. de curatore furiosi num.* 5. Vasquius *controvers. lib.* 1. *cap.* 17. *num.* 2. Gayl *lib.* 2. *observ.* 51. *num.* 2. Christinæus *ad leg. Mechlin. t.* 19. *art.* 29. *num.* 2. Ant. Matthæus *de tutelis disp.* 5. *num.* 5. Perezius *ad t. C. de curat. furiosi num.* 2. Quemadmodum etiam non sufficit ex adverso, eum, qui decreto prodigus est declaratus, ad sanos iterum mores rediisse, ad id, ut ex suis contractibus efficaciter sine curatore obligaretur, sed requiritur, ut prætorem adeat, ac impetret ab eo, per decretum priori contrarium restitui sibi, tanquam res suas bene gerenti, liberam bonorum administrationem, eo quod, uti incertum est, quonam momento quis a liberalitatis virtute ad prodigalitatis ac profusionis immoderatæ vitium, liberalitati perquam affine, transeat, ita longe incertius, quando vere desinat prodigus esse; simulata quippe ad tempus frugalitate morumque integritate ipsos etiam cautissimos ac prudentissimos facile delusurus, ut se suo arbitrio molestæ suis moribus vere perditis curæ subducat, Christinæus *ad leg. Mechlin. t.* 19. *art.* 29. *num.* 2. *in fine*, Sande *de probib. alien. par.* 2. *cap.* 1. *num. ult.* Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 497. Bachovius *ad Treutler. vol.* 1. *disp.* 6. *th.* 5. *litt. D.* Perezius *ad t. C. de curat. furiosi num. ult.* Ant. Matthæus *de tutelis disput.* 5. *th.* 4. Groenewegen *ad l.* 1. *ff. h. t.* Cujus etiam rei evidentissimum argumentum est, quod, si quis injuste per prætorem mendaciis circumventum prodigus declaratus fuerit, non eo minus pro prodigo habendus sit, quod sua recte gerat, ut hominem frugi decet, & vere sanis moribus præditus sit, sed factæ per eum alienationes ac contractæ obligationes ipso jure invalidæ censeri debeant, donec prætorem aliter instruxerit, & decreto contrario impetraverit prioris abolitionem; cum utique res judicata pro veritate habeatur, ejusque firma consistat auctoritas, donec probata falsitatum allegatione rescissa fuerit, arg. *l. pen. §. ult. ff. h. t. l. ingenuum* 25. *ff. de statu homin. l. res judicata* 207. *ff. de reg. jur. tot. t. C. si ex falsis instrum. judicatum sit*, Fachinæus *lib.* 2. *controv. cap.* 65. 66. Zoesius *ad Pand. h. t. num. ult.* Perezius *ad t. C. de curat. furiosi num.* 2. Carpzovius *defin. for. par.* 3. *const.* 6. *defin.* 10. Sande *de probib. alienat. par.* 2. *cap.* 1. *num.* 12. Parens p. mem. Paulus Voet *ad §.* 3. *Inst. de curat. num.* 3. *in fine.* Nec hisce, quæ de necessitate decreti ad id, ut quis prodigus habeatur, aut esse desinat, dicta hactenus, contrarium est, quod in *l.* 1. *ff. h. t.* dicitur, *lege duodecim tabularum prodigo interdici bonorum suorum administrationem*: cum non alius horum verborum sensus sit, quam lege duodecim tabularum id inductum, id cautum fuisse, ut iis, qui prodigi apparebant (quod facti erat & ob id probatione ac causæ cognitione indigebat) bonis interdiceretur. Et quod in eadem *l.* 1. additum invenitur, prodigum, *si sanos mores receperit, ipso jure desinere in potestate curatorum esse*, non aliud inde inferri potest, quam, ipso jure curam evanescere, quamprimum prodigus ad sanos mores rediit, sic ut ex eo tempore curator impune desistere ab administratione possit, & si qui in cura fuit, res suas sibi suo arbitrio agere sine curatore. An vero ad sanos videatur mores re-

versus, non a lege definiri potuit, sed debuit, post causæ cognitionem ex decreto prætoris manifestum fieri. Et quamvis verum sit, virtutes & vitia non dependere a cognitione judicis, sed propriam habere naturam: tamen quia in factis eorundem exercitium consistit, judicis est definire, num absint aut adsint facta talia, ex quibus quis prodigus censendus est. Minus obstat, *l. si quis cum* 8. *ff. pro emtore*, ex qua plerique colligunt, inutilem esse emtionem, si quis rem emerit sciens ab eo, cui quidem bonis haud interdictum, sed qui tamen jam indubitate patrimonii sui eversor est. Etenim primo non apparet, illic agi de manifeste prodigo, ut si bonis interdicendum fuerit; cum possit & pretium acceptum in certi generis vitium, puta, aleam & ebrietatem, absumi, vel scorto dari, & tamen idem ille, qui in hæc turpia impendit, diligens de cætero ac ad rem familiarem maxime attentus esse, imo avaritia nimia comparcere in aliis, quod in meretrice absumat. Vide *num.* 12. *ff. h. t.* Sed & secundo emtio illa, qua quis emit ab eo, qui protinus scorto pretium daturus est, neutiquam in *d. l.* 8. improbata fuit, sed potius secundum priorem legis partem valida pronunciata, ut pluribus probavi in *t. de aleatoribus num.* 4. *in med.*

8. Quod si mores hodiernos spectemus, ne quidem sufficiens est decretum a magistratu interpositum, per quod bonis interdicitur prodigo, ad id, ut gesta per eum nulla essent, verum insuper solemni istius decreti publicatione opus est, ut unicuique innotescat, & quisque sic publice munitus tali non credat aut cum eo contrahat. Eoque facit *l. sed si pupillus* 11. *§. de quo palam* 2. *& seqq. ff. de Inst. act.* Christinæus *ad leg. Mechlin. t.* 19. *art.* 29. *n.* 2. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 3. *& seqq.* Rodenburch *de jure conjugum t.* 3. *cap.* 1. *num.* 17. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 16. *num. ult.* Parens p. mem. Paulus Voet *ad §.* 3. *Inst. de curat. num.* 4.

9. Sed nec ignorandum, alias insuper inter furiosos ac prodigos differentias esse: quin imo, in quamplurimis pupillo potius quam furioso prodigos comparari. Ut enim pupillus sine tutoris auctoritate meliorem potest facere conditionem suam, tum stipulando sibi, tum aliis modis, *pr. Inst. de auctor. tut. §. sed quod diximus* 12. *Inst. de inutil. stipulat.* ita & sine curatore prodigus stipulando sibi acquirit, *l. is, cui bonis* 6. *ff. de verb. obligat. l. ex castrensi* 18. *§. si servus* 3. *ff. de castrensis peculio l. certi condictio* 9. *§. sed & si* 7. *ff. de reb. creditis*, & ut ille quandoque etiam sine tutore recte novat, ad id, ut prior obligatio potentior auctiorque, quæ in eum competierat, dissolvatur, *l.* 1. *in fine ff. de novation.* ita & prodigus, curatore non adhibito, *l. cui bonis* 3. *ff. de novation.* Pupillum quoque, ad oppositionem furiosi omnia negotia auctore tutore contrahere posse, si modo infantiam excesserit, Paulus docet *l. in negotiis* 5. *ff. de regul. jur.* Idemque in prodigo, naturaliter intelligente quid agat, juris est, *arg. l. si curatorem* 3. *C. de integr. restit. minor.* Unde &, uti non solus tutor, nec solus pubertati proximus pupillus, sed conjunctim uterque, pupillus scilicet auctore tutore, hereditatem sibi delatam adit, *§. neque tamen* 1. *Inst. de auctor. tut. l. potuit* 5. *l. si infanti* 18. *§. ult. C. de jure deliber.* ita quoque curatoris auctoritate prodigus ipse adeundo hereditatem sibi acquirit, *l. mutum* 5. *§.* 1. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* junct. *d. l.* 3. *ff. de novation.* & *d. l.* 6. *ff. de verb. obligat.* Denique sicut pupillus pubertati proximus doli capax est, ideoque ex delictis ac criminibus obligari ac puniri potest, *l. pupillum* 111. *ff. de reg. jur. §. pen. Inst. de oblig. quæ ex delicto, l. excipiuntur* 14. *ff. Senatusc. Silan.* ita & prodigalitas delinquentem prodigum pœnæ non subducit; ne unius delicti perpetratio, qualis est ipsa bonorum turpis profusio, promereatur alterius delicti impunitatem, Montanus *de tutelis cap.* 28. *num.* 47. 48. Fachineus *controv. lib.* 2. *cap.* 68. *in fine*, Carpzovius *pract. crimin. par.* 3. *quæst.* 118. *num.* 27. 28. Ant. Matthæus *de criminibus in prolegom. cap.* 2. *num.* 11. Jul. Clarus *sent. lib.* 5. *§. ult. quæst.* 60. *num.* 10. Quæ omnia aliter obtinere in furioso, ex ante dictis apertum est. Confer Cujacium, Donellum, & DD. *ad l.* 6. *ff. de verb. oblig.*

10. Illud furiosis ac prodigis apud nos commune est, quod neque curatorem accipiunt, neque ipsis interdicitur bonis per eos, qui rebus pupillaribus peculiariter præpositi sunt, sed vel per Curiam Hollandiæ provincialem, vel per civitatis cujusque magistratus ordinarius vel Curia a propinquis furiosi vel prodigi adita fuerit, Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 60 Groenewegen *ad l.* 1. *ff. h. l.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 1. *cap.* 16. *num. ult.* Et, si pater suis liberis majorennibus tanquam furiosis aut prodigis testamento curatorem dederit, datio illa rata non est, nec confirmari debet, nisi liberi tales jam vivo patre ob hæc animi vitia in cura fuerint, vel, cum non fuissent, post patris obitum re ipsa inveniantur ejus genii atque ingenii esse, ut omnimodo alieno arbitrio regendi sint; licet forte prætor iis non fuisset curatorem daturus, si id pater testamento non fecisset, *l. pen. pr. & §§. seqq. ff. h. l.* Ab his vero magistratibus non modo patres suis liberis, sed & liberi parentibus curatores dari possunt, *l. sed & aliis* 2. *l. furiosæ* 4. *ff. h. t.* Et quamvis Grotio placuerit, uxorem non posse mariti sui furiosi vel prodigi curatricem constitui, *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 6. 7. 8. nihil tamen obstare, quo minus id fiat, quoties illa idonea est, probatum a me in *l. de ritu nupt. n.* 48. Quicquid ejus rei sit, uxorem certe aut liberos illius, qui furiosus aut prodigus est, non subesse potestati curatoris furioso aut prodigo patri vel marito dati, in eodem *n.* 48. adnotatum est.

11. An autem in uno territorio prodigus declaratus, ubique locorum pro tali habendus sit, varie disputari solet. Ex rigore quidem juris interdictionem ultra territorium decernentis non extendi, satis evincitur ex iis, quæ discussa in *t. de const. Principum* parte altera *de statutis n.* 7. 8. sed ex comitate, uti curator bonis datus in loco domicilii debitoris obærati, curat ac vendit bona debitoris ubicunque sita, & uti tutor regit omnia ad pupillum pertinentia quocunque in loco, etiam extra fines magistratus tutorem creantis reperta, quoties alterius loci magistratus non specialem alium pupillo tutorem aut bonis curatorem dedit quantum ad res in suo territorio existentes. Vide *t. de tut. & curat. dat. ab his n. ult. in fine*, *& t. qui pot. in pignore n.* 12. ita nec absurdum fuerit, decretum, super prodigali-

tate a magistratu domicilii interpositum, comiter observari ab aliis ratione rerum suæ jurisdictioni subjectarum, Parens p. mem. Paulus Voet *de statutis sect.* 4. *cap.* 3. *n.* 17. *& de natura mobil. & immob. cap.* 12. *n.* 2. Plane, si quis omnino ignarus decreti, & in alia regione degens, ubi decretum publicatum non est, contraxerit cum prodigo, callide interdictionem bonorum sibi solemniter factam dissimulante, justum fuerit, huic ita per prodigum circumvento succurri ex capite justi erroris, ut perinde efficacem habeat actionem, ac si cum alio contraxisset, cui bonis interdictum non est; præsupposito, quod probabilis admodum ignorantia sit, ac si exigatur, ipse bonam fidem suam jurisjurandi religione firmet. Eoque facit argumentum ex *l. si sciens* 26. *ff. de contrab. emt.* ubi dum Jurisconsultus ait, me, *si sciens emam ab eo, cui bonis interdictum sit*, dominum non fieri, a contrario concludendum est, me, si ignorans emerim, dominum effici, vel ipso jure vel saltem prætoria tuitione; dummodo meminerimus, secundum leges pro sciente haberi eum, qui ignorantia supina & affectata nescit illud, quod omnes in ea regione sciunt, *l. nec supina* 6. *l. regula est* 9. §. *sed facti* 2. *ff. de juris & facti ignor.* quale procul dubio censeri debet, quod, ut omnibus ac singulis innotescat, publice ac solemniter promulgatum est. Vide Joh. a Sande *de probibit. alienat. par.* 2. *cap.* 1. *n.* 9. 19. Ant. Fabrum *Cod. libr.* 5. *t.* 33. *defin.* 1. Christinæum *vol.* 3. *decis.* 179. *n. ult.*

12. Licet autem prodigis annumerandæ sint mulieres luxuriose viventes, sic ut & ipsis curator detur, *l. & mulieri* 15. *ff. h. t.* non tamen inde recte deduxeris, etiam libidinose ac turpiter viventibus, adeoque meretricibus, curatores dandos esse. Ut enim libidinis sæpe comes sit bonorum profusio atque luxuria, ac sine Cerere & Libero credatur frigere Venus, non tamen id perpetuum est, potissimum id fœminis meretricibus, quæ a merendo sic appellatæ quæstum corpore faciunt: & si aliquando vitium utrumque concurrat, non tamen propter meretricios mores, sed tantum propter luxuriam iis conjunctam, curator constituendus foret, Tuldenus *ad t. C. de curat. furiosi n.* 6. Pinellus *ad l.* 4. *C. de bonis maternis n.* 20. *& seqq.* Sande *de probib. alienat. par.* 2. *cap.* 2. Ant. Matthæus *de tutelis disp.* 5. *n.* 2. Adde *t. de aleatoribus n.* 4. *in fine.*

13. Præter hactenus enumeratos curatorem recipientes etiam æquum visum, illis eum dari, qui propter corporis vitium rebus suis superesse nequeunt, & ob id alieno auxilio in rebus suis egere noscuntur, quales surdi, & muti, & qui perpetuo morbo laborant, §. *sed et mente* 4. *Inst. de curator l. sed et aliis* 2. *ff. h. t.* Quibus tamen non ultra curator suo consilio vel auctoritate atque auxilio in rebus gerendis opem feret, quam quatenus illi sua agere, atque administrare arbitratu suo per illud corporis vitium impediti sunt; eo fere modo, quo curatores furiosis dati dilucida intervalla habentibus nomine tenus tantum curatores censentur, quamdiu per intervalla manifesta furiosus ipse sua tractare potest, *l. cum aliis* 6. *Cod. de curatore furiosi.* Atque hinc est, quod & ille, qui mutus ac surdus est, pro herede gerere possit, & servo jubere, ut is delatam hereditatem adeat, vel ut alteri stipulanti promittat, & ita ex gestione pro herede vel quod jussu obligare tum creditoribus hereditariis, tum iis in quibus ex jussu domini promissum est, §. *ult. in fine Instit. de hered. qualit. et different. l. multum* 5. *l. pater quotiens* 93. §. 1. 2. *ff. de acquir. vel omitt. hered. l.* 1. *pr. ff. de verb. oblig.*

14. Denique sub cura fuerunt antiquitus etiam corpora ecclesiastica, veluti monasteria; quod tamen nunc apud nos cessare, monet Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 11. *post n.* 8. versu, *van outs.*

15. Finitur cura variis modis; in furiosis quidem & prodigis nec non corporis vitio ad sua gerenda minus idoneis, quamprimum constiterit, eos ad sanam mentem moresve sanos rediisse, aut pristinæ valetudini & integritati fuisse restitutos, adeoque cessare id, propter quod ipsi suis invigilare rebus impediti fuerant, secundum ante dicta: in minoribus vero majorennitate, quæ ex jure civili est viginti quinque annorum in masculis & fœminis; uti & nuptiis secundum nostros & aliorum mores; adhæc venia ætatis impetrata; non sola dignitate doctorali; de quibus, uti & de controversiis, ea occasione natis, etiam respectu variantium statutorum, & migrationis de loco in locum, aliisque plurimis, actum est ex professo in *t. de mino.* 25. *annis n.* 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. & *t. de adoption. n.* 13. 14. 15.

16. Reliqua de curatoribus eorumque officiis petenda ex iis, quæ de tutoribus *in hoc et præcedente libro* scripta sunt.

TITULUS PRIMUS.

Qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant.

SUMMARIA.

1. *Quid sit hereditas? est res incorporalis. Defertur testamento vel lege. An pacto potior est, quæ testamento defertur. Nemo pro parte testatus & intestatus decedere potest. Quid moribus?*
2. *An testamentorum usus laudabilis sit, an magis sola successio ex lege probari debeat? Quo usque multis in locis testamenta vetita vel permissa fuerint? Quo modo in variis Gelriæ partibus paulatim recepta sint? In locis, ubi testamenta vetita, tamen donationes permissas esse.*
3. *Quid, & quotuplex testamentum sit? Quibus olim modis testamenta in calatis comitiis, in procinctu, per æs & libram, condita fuerint?*
4. *De requisitis testamenti scripti, & in specie, an actus extraneus in testamento intervenire possit?*
5. *De subscriptione testatoris, & expressione nominis heredis per manum testatoris aut testis.*
6. *De adhibitione septem testium, rogatorum, libere, & simul ad finem usque præsentium, testatorem videntium, subscribentium, signantium, de die vel de nocte.*
7. *Quo tempore testes debeant esse idonei? Qui censeantur idonei? Recensentur qui vel natura vel lege prohibentur in testamento testes esse; ubi & de infamibus.*
8. *An domestici possint testes esse? Quinam illi sint, ubi de patre, filio, fratre testatoris agitur.*
9. *An heres, an pater ejus, aut frater, aut filius emancipatus? An legatarius?*
10. *De testamento nuncupativo, quæ ejus sint solemnia, quæ utilitas? An testamentum scriptum valeat tanquam nuncupativum, si in eo desint quædam solemnia scripti, adsint vero solemnia nuncupativi testamenti?*
11. *Non potest condi nuncupativum testamentum per relationem ad aliam scripturam: secus in scripto testamento. An valeat testamentum, si antea a testatore non dictatum, testatori prælegatur, & ille rogatus, num hæc voluntas ejus sit, simpliciter affirmet sine aliis circumstantiis?*
12. *De testamentis privilegiatis, & in specie de testamento Principi oblato, & testamento tempore pestis condito, tum jure civili, tum moribus? & quæ in eo solemnia sufficiant, quæ non?*
13. *De testamento ruri condito ex jure civili & moribus. An non ruri degens coram quinque testibus sine tabellione posset testamentum condere ex præscripto juris civilis?*
14. *Qua solemnitate legati ad alias gentes missi eorumque ministri possint testari? & quid in delegatis ad Collegia Ordinum &c.*
15. *De testamento patris inter liberos, an & mulier in eo possit testis esse? An Ultrajecti tunc licentia testandi necessaria sit? An et mater et alii ascendentes ita testari possint? An et nuncupativum inter liberos fieri possit? An liberis inæquales partes tali testamento dari? An talis voluntas proprie sustineatur tanquam testamentum?*
16. *Quid juris, si extranea persona una cum liberis tali testamento instituta vel legato honorata sit? An etiam voleat inter liberos naturales respectu patris aut matris? An et liberi privilegiatum condant inter parentes?*
17. *Quid juris, si testamentum tale careat die et consule? Quid, si tantum inveniatur quædam adnotatio patris de divisione inter liberos, sine capite, sine calce, aut subscriptione. Quid, si plura dicere vel scribere volens impeditus sit, et sic voluntas haud sit perfecta? Quid, si unum ex liberis præterierit? An tali testamento liberi possint exheredari?*
18. *Qui latius tractent de testamento patris inter liberos?*
19. *An testamentum ad pias causas sit privilegiatum jure civili, canonico, et hodierno? et quid veniat nomine piæ causæ?*
20. *Adhuc in Hollandia ac Ultrajecti coram septem testibus sine tabellione testamenta condi possunt. In Frisia septem sunt omnino necessarii. Quo modo nunc passim fere testamenta condantur coram tabellione & duobus testibus, vel secretario et duobus scabinis. Adnotatur jus singulare Ultrajectinum circa testamenta coram secretario et scabinis tum in urbe tum ruri condenda, et effectum eorum restrictum: ubi et de necessitate impetrandi licentiam testandi ab Ordinibus Ultrajectinis, exceptis paucis casibus.*
21. *An coram Curia Hollandica vel Ultrajectina possint testamenta condi? Ubi recte condatur testamentum coram parocho et duobus testibus? Possunt condi testamenta per Belgas apud secretarium consulum Gentis Belgicæ constitutorum in locis maris mediterranei, adhibitis duobus testibus.*
22. *Cujus ætatis hodie debeant esse testes in Hollandia & alibi? Quo usque adhuc vigeat jus civile circa requisita testium in testamentis adhibendorum? An mulier, legatarius, infamis, heres, aut proximi heredis, nunc possint in eo testes esse? An pater possit tanquam tabellio adhiberi in testamento, in quo filius ejus emancipatus instituitur?*
23. *An nostratia testamenta in Hollandia et Ultrajecti alibique requirant testium subscriptionem? explicatur dubius sensus* articuli 17. novellæ constit. Ultraject. anni 1659. *Ultrajectina testamenta magis sunt scripta, Hollandica magis nuncupativa, vel potius mixta. An valeat si non fuerint testatori & testibus prælecta & a testatore aperte approbata, postquam a tabellione scripta sunt? An in iis heres institui possit per relationem ad aliam scripturam?*
24. *Necesse est hodie vel tabellionem, vel utrumque testem tabellioni notum & honestum ac fide di-*

gnum, nonisse testatorem; quod & exprimendum in testamento. An nullum sit, si tabellio id non expresserit? Rigidius examinandi de habitu & qualitatibus testatoris, qui tantum aliena fide noverunt testatorem. An testes audiendi, si dicant, plus a testatore dictatum, minus a tabellione scriptum esse?

25. *An locus & dies in testamentis nostratibus exprimi debeat, & an sint nulla propter diei omissionem?*

26. De testamentis nostris clausis & indorsatis *vulgo dictis, eorumque requisitis. An hac scripta sint, an nuncupativa? An legatarius in hisce possit testis esse? An prasupposita sententia, quod legatarius non possit in testamento testis esse, totum testamentum inutile sit, in quo legatarius est adhibitus, an potius solum illud legatum corruat?*

27. *In concursu variantium statutorum circa solemnia, cujus loci solemnitates in testamento adhibenda sint? An & quando Hollandus aut Ultrajectinus, habens simul pradia Hollandica & Ultrajectina, licentiam testandi ab Ordinibus Ultrajectinis impetrare debeat, distinctionibus explicatur.*

28. *Nullum est testamentum, si qua in eo desit solemnitas. Quid, si quis testetur coram secretario, qui non est tabellio & duobus testibus non scabinis? Aut coram quendam secretario & duobus scabinis? Aut coram quatuor testibus sine tabellione? Aut coram duobus tabellionibus simul adhibitis sine alio teste? Quid, si tabellio ipse sibi suam scripserit voluntatem adhibitis duobus testibus? Quid, si tabellio scripserit testamentum, in quo filius ejus instituitur? Quid, si testis alterater impubes sit? Quid, si tabellio putativus sit adhibitus? Quid, si tabellio testamentum non retulerit in memorialem scripturam?*

29. *De clausula reservatoria; illam in paucis vires habere, & futuram privatam testatoris scripturam ea in paucis tantum confirmari.*

30. *Testamentum recte conditum imperiali rescripto non infirmandum.*

31. *Impuberes testari nequeunt, ne quidem auctore tutore. Quid, si moriantur jam puberes facti, & declarent, se in eadem voluntate persistere? An ultimus dies impuberis atatis captus habeatur pro completo?*

32. *An testari possint, qui puberes quidem sunt, sed stupidi & hebetes? Docetur, leges non posse de civium singulorum habilitate judicare, & ideo multis actibus certam atatem praescriptam esse, cujus implementum facit, ut homines prasumtione juris & de jure credantur actuum illorum capaces esse.*

33. *Ultrajecti & aliis in locis non sufficit pubertas, sed provectior atas ad testandum requiritur. Prasumitur in dubio testator fuisse legitima atatis.*

34. *Furiosi, prodigi, mente capti testari nequeunt. Valent tamen testamenta ante furorem, aut interdictionem, aut tempore dilucidi intervalli condita. An prodigi testamentum sustineri debeat, si prudenter sanguini & cognationi consuluerit? Consultum, ut prodigus veniam testandi petat.*

35. *An valeat testamentum ebrii? Cui incumbat onus probandi, si testator dicatur ob amentiam, furorem, ebrietatem, non habuisse testamenti factionem?*

36. *An, & quando, ac quo modo testari possit mutus & surdus conjunctis vel discretis vitiis? Si non surdus, sed mutus ex morbi violentia aut paralysi scribere nequeat, an ad interrogationem alterius possit testamentum nutu condere? An non saltem ad id rescriptum Principis impetrare? Senectus aut morbus non impedit testamenti factionem.*

37. *Qua forma cacus jure civili testari debuerit? An hodie prater tabellionem testis in caci testamento adhiberi debeat? in Germania adhuc servanda a caco solemnitas juris civilis.*

38. *An mulier possit testamentum facere sine mariti consensu? Eunuchus, manibus pedibusve truncatus, & similes testari possunt.*

39. *Quinam legis dispositione prohibeantur testari? ubi de hareticis, apostatis, peregrinis, monachis, in orphanotrophio, gerontocomio nosocomio nutritis, infamibus, obsidibus, de statu dubitantibus, deportatis, ab hoste captis, ad ultimum supplicium damnatis.*

40. *Quid moribus hodiernis obtineat in his, qui numero pracedente recensiti sunt?*

41. *An jure civili & moribus testari possint spurii & incestuosi?*

42. *Filiusfamilias de quibus peculiis testari potuerit? An & de pleno adventitio?*

43. *Moribus hodiernis patria potestas non impedit testamenti factionem praterquam in Frisia, uti nec curatoria jure civili aut hodierno impedit, si atas adsit. Nuptia contra non faciunt habilem ad testandum, qui nondum habet atatem statuto requisitam.*

44. *Quid juris circa testamentorum validitatem, si filiusfamilias Hollandus aut Frisio habeat immobilia partim in Frisia, ubi filiusfam. testari nequit, partim in Hollandia ubi id ei licet? Quid, si Hollandus aut Gelrus habeat immobilia partim in Gelria locis, qua testamenta respuunt, partim in Hollandia? Quid, si Hollandus vel Ultrajectinus annorum sexdecim possideat immobilia & in Hollandia ubi anno 14. impleto testari licet, & Ultrajecti, ubi id demum anno 18. permissum non est?*

1. HEreditas est successio in universum jus, quod defunctus tempore mortis habuit, *l. nihil est aliud* 24. *ff. de verb. signif. l. hereditas* 60. *ff. de reg. juris*, quæ licet in se comprehendat, vel saltem comprehendere possit, res omnis generis mobiles, immobiles, incorporales; ipsa tamen in se considerata incorporalis est, *§. incorporales* 2. *Inst. de reb. corpor. & incorpor.* atque etiam sine ullo corpore, juris intellectum habet, *l. hereditas* 50. *pr. ff. de pet. hered.* ac juris magis quam corporis possessio est, *l. bona autem* 3. *§. hereditatis* 1. *ff. de bonor. possess.* unde & *juris nomen* dicitur, *l. hereditatis* 119. *l. pecunia verbum* 178. *§. hereditas* 1. *ff. de verb. signif.* universitatem quandam ac jus successionis, non res singulares demonstrans, *l. honorum appellatio* 208. *ff. de verb.*

signif. Defertur autem vel ex testamento, vel ab intestato, *l. 1. ff. de pet. hered. l. l. lege obvenire 130. ff. de verb. signif. l. per familiae 2. ff. famil. ercisc.* non pactis, nisi paucis in casibus, tum jure civili, tum moribus, ut dictum *tit. de pactis num.* 16. potiorque habetur ea, quae testamento est, quia quamdiu locus est dispositioni hominis, cessat legis dispositio, *l. quamdiu possit* 89. *ff. de reg. juris*, *l. nec is qui* 17. §. 1. *l. quamdiu* 70. *ff. de acquir. vel omitt. hered. l. antequam* 8. *C. communia de succession.* arg. *l. si quis sub* 11. *pr. ff. de testam. tut.* non obstante *l. si quis ita* 62. *ff. de hered. inst.* quippe in qua testamento institutis non admittitur, quia deficit conditio, sub qua heres scriptus est, ut ex lege patet. Et quamvis Romanis placuerit, neminem paganum pro parte testatum pro parte intestatum decedere posse, earumque rerum naturalem pugnam esse, *l. jus nostrum* 7. *ff. de reg. juris*; tamen cum id in militibus haud improbaverint, *§. heredit.* 4. *Instit. de hered. instit.* nec absurdum iis visum fuerit, ipsos quoque paganos ex post facto pro parte testatos, pro parte intestatos esse, *l. nam etsi* 15. *ff. ult. in fine*, *l. circa inofficiosi* 24. *ff. de inoff. testamento*, hinc apud nos & passim nunc invaluit, unumquemque, qui testandi jus habet, etiam pro parte testatum, & pro parte intestatum mori posse. Lamb. Goris *adversar. tract.* 4. §. 12. Groenewegen *ad* §. 5. *Instit. de hered. Inst.* ibique alii cit.

2. An autem testamentariae dispositiones in Republica tolerandae sint, an potius sola videatur admittenda successio legitima, non modo inter juris interpretes controvertitur, sed & ipsis jurium hodiernorum conditoribus non una mens est: nam, ut sileam, Germanis antiquis non aliam quam legitimam successionem placuisse, secundum Tacitum *de moribus Germanorum*; sunt, quorum legibus omnis testamenti factio tum in mobilibus tum in immobilibus sive conquisitionis sive hereditariis improbatur. Sunt, qui eam in mobilibus, non immobilibus admiserunt. Aliis dispositionem de immobilibus acquisitis, non vero hereditariis permittere visum fuit. Nec desunt, qui justum putarunt, omnium conquisitorum, & partis certae hereditariorum immobilium liberalitatem testamento fieri. Quidam denique de certa parte immobilium sive conquisitorum sive hereditariorum suprema condi elogia concesserunt; ut patet ex iis, quae habet Perezius *ad tit. C. de legatis n.* 29. Lamb. Goris *advers. tract.* 4. §. 9. Sande *decis. fritic. lib.* 4. *t.* 4. *defin.* 4. Ant. Matthaeus *paroemia* 4. *n.* 17. Parens p. mem. Paulus Voet *ad tit. Instit. de lege Fus. Canin. n. ult.* & *ad pr. Instit. de testam. ordinand. n.* 5. Pro testamentis tamen ratio stare videtur; ut ita quis remunerationem benemeritis facere de suo possit, ubi spes sibi bona retinendi per imminentem mortalitatis casum sublata est, nec teneatur praecise suam iis relinquere hereditatem, a quibus, utcunque proximis, nullo beneficio, sed injuriis atque contumeliis & damnis potuit affectus esse. Quis enim non triste atque lugubre fateatur, eum sui patrimonii jurisque universi expectare successorem, qui legum, hereditates deferentium, fiducia fretus & audax, proterve contemnit ac negligit sanguine proximum? nec posse judicio supremo his bona relinquere, qui vel cognatione juncti, sed remotiores, vel plane extranei, beneficiis cumularunt, aut jugi obsequio multisque amicitiae tesseris sibi paraverunt successionis spem? Neque dubium, quin ad tuendum augendumque patrimonium alacriores longe sint futuri mortales, si ea possint illis relinquere, quos maxime diligunt; contra vero in otium, luxuriam, dissipationem, profusionem rerum proni admodum, nihil saepe magis in votis habituri, quam ut cum vitae fine bonorum quoque finis sit, si illa suis propinquis a lege ad successionem vocandis invideant omnimodo, nec ulla ex parte cupiant quaesita, neque tamen testamento eos a sua possint hereditate, velut aves incommodas a cunabolo, depellere. Atque hinc etiam est, quod nonnulli, quibus olim suprema displicuerant morientium de bonis elogia, leges antiquas in melius reformaturi, testamenta suis in territoriis permiserunt, vel de tota substantia, vel de parte hereditatis. Sic enim in Comitatu Zutphaniensi de parte dimidia bonorum testari concessum 1604. *Gereformeert Zutphens Landrecht t.* 13. *art.* 1. Neomagienses quoque a veteri jure Gelrico testamenta non admittente hactenus recessisse, ut de immobilibus coram septem Scabinis, de mobilibus coram duobus disponi ultima voluntate possit; auctor est Lamb. Goris *advers. tract.* 4. §. 11. & plenior perfectiorque de rebus immobilibus ac mobilibus testandi forma praescripta fuit, anno 1696. *Gereformeert Landrecht van't Rijk van Nymegen t.* 22. Sed & quibus in locis perdurat etiamnum jus vetus solius successionis intestatae, donatio tamen inter vivos, etiam bonorum omnium, arbitrio domini permissa fuit, ita ut donans vel usumfructum sibi excipere atque servare possit, quamdiu vivit, prout id Flandris probatum; vel rerum suarum conductionem facere uno nummo, adeoque imaginaria conductione, quod in Gelria receptum, Lamb. Goris *advers. tract.* 3. *par.* 1. *cap.* 14. *n.* 1. 2. & *tract.* 4. §. 10. Parens p. mem. Paulus Voet *ad t. Instit. de lege Furia Canin. n. ult.* & *ad pr. Instit. de testam. ordin. n.* 5. quae quantopere ad eludenda jura vetera, testamentorum prohibitoria, comparata sint, & quam prope ad testamenta accedant, nisi quod voluntatis semel declaratae mutatio admissa non sit, facile intelligi potest. Nec est, quod quempiam turbet, admisso testamentorum jure amplam litium materiam esse, uberemque causidicis inde messem cum magna patrimonii litigiosi imminutione, multas ex occasione multos heredipetas iniquos comminisci fraudes & falsitates, fictas quin & sceleratas saepe adhibere adulationes, quibus capti atque circumventi homines simpliciores, aut in luxum proni, candidis atque sinceris ac salutaria monentibus, aut amore vero, non fucato insimulatove, diligentibus proximis sanguine junctis anteponunt luxuriae socios fautores atque patronos, aut ementita comitatis & officiorum specie fallentes; denique non raro novercalibus odiis instigatos corruptosque parentes malignis circa sanguinem suum inferre judicium. Etenim primo quidem hi testamentorum utiliter inductorum abusus sunt, quos tolli convenit, usu manente. Praeterquam quod & adversus haec remedia a jure proposita sunt, poenae scilicet in falsarios, inofficiosi querelae contra testamenta iniquam continentia exheredationem. Sed & contractibus, jurejurando, instrumentis, testibus aliisque quamplurimis in jure comprobatis, laedi quem posse per malitiam hominum iisdem abutentium in aperto est; quae tamen ob abusus tales ex foro & republica eliminari absurdum fo-

set. Et quamvis nonnullis visum fuerit, ex dominio quidem fluere facultatem alienandi inter vivos, sed cum quis moritur, amplius ad illum non spectare res illas, quæ vivis solis inservire queunt, adeoque perperam de iis disponi in casum, quo dominium amissum est; tamen, cum inter omnes constet, unumquemque, qui liberam habet rerum suarum administrationem, posse in alienationibus per venditionem, donationem aliumve similem titulum faciendis, talem rebus alienandis causam imponere, quæ etiam post mortem domini alienantis exitum est habitura, veluti ne res per emtorem vendatur alteri, vel ut heredi venditoris retrovendatur; ratio non apparet, cur non etiam testamento suo quisque adhuc vivens & sentiens certum præscribat ordinem, secundum quem bona sua aliis post suam mortem obvenire vult; præsertim si consideres, naturali ratione ei, cui quod plus est licet, non debere non licere, quod minus est; hinc enim consequens, est, ut, si quisque possit actu inter vivos statim plenum & absolutum rerum suarum dominium in alios transferendo id efficere, ne ad agnatos proximos illæ unquam perveniant, utcunque deinceps id summopere optaret alienans, longe magis ei permittendum videatur, ita testamentaria dispositione alienare, ut adhuc pœnitentiæ locus sit, & agnatis proximis per mutatam testatoris voluntatem adhuc consuli possit. Confer Hug. Grotium *inter Responsa Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 341. (*revera* 241.) *pag.* 275. *& seqq.* & dissentientem Puffendorff *de jure naturæ & gentium libr.* 4. *cap.* 10. §. 4. 5.

3. Testamentum, quasi testatio mentis, est voluntatis nostræ justa (id est, legibus testamentariis conveniens, *l. si quæramus* 3. *ff. h. t.*) sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, *l.* 1. *ff. h. t.* Et vel solemne est, vel minus solemne seu privilegiatum. Utrumque vel scriptum, vel nuncupativum. Scriptum solemne dicitur, quod per testatorem aut alium ejus jussu solemniter in scripturam ab initio redactum est. Olim quidem testamenta apud Romanos prope sine ulla solemnitate condita fuisse vel in calatis comitiis, & quidem curiatis, præsentibus commilitonibus; ac dein inductum fuisse paulo magis solemne testamentum per æs & libram condendum, adhibito libripende, quinque testibus, & familiæ emtore, sive is sibi sive alteri emeret hereditatem imaginariam emtionis, patet ex §. 1. *Inst. de testam. ordin.* Ulpiano *in fragm. t.* 20. Brissonio *de formulis libr.* 7. *in pr.* & Vinnio; parente p. mem. Paulo Voet aliisque Interpretibus recentioribus *ad* §. 1. ac triplicium comitiorum curiatorum, centuriatorum, tributorum origo, natura, differentiæ peti possunt ex Gellio *noct. Att. libr.* 15. *cap.* 27. Vinnio *d. loco.* Gruchio *de comitiis*, Carolo Sigonio *de antiquo jure civium Roman. libr.* 1. *cap.* 17. Rosino *antiquit. Roman. libr.* 6. 8. Sed jure novissimo plurimæ solemnitates partim ex jure civili, partim ex edictis prætorum, partim ex Principum constitutionibus introductæ, in testamento scripto adhibendæ sunt.

4. In primis requiritur, ut unico contextu fiat testamentum, nullo actu extraneo, nullo contractu interveniente, §. *sed cum paulatim* 3. *Inst. de testam. ordin. l. heredes* 21. §. *ult. ff. h. t. l. verba contraxerunt* 20. *ff. de verb. signif.* cum enim testamentum solius testatoris voluntate constet, & ambulatorium ac mutabile sit; contractus vero duorum consensum seu conventionem contineat, eamque unius arbitrio non infirmandam, *l. sicut initio* 5. *C. de oblig. & act.* junct. *l.* 1. §. *conventionis* 3. *ff. de pactis*, contradictorium foret, irrevocabile negotium revocabili testamento celebrari. Nec huic repugnat, quod pignus testamento constitui possit, *l. non est mirum* 26. *ff. de pignor. act.* aut mortis causa capio per id imponatur, *l. inter mortis* 38. *ff. de mortis causa donat.* quandoque liberti assignatio, nec non depositi confessio recte testamento fiat, *leg.* 1. §. *assignare* 3. *ff. de assignat. libert. l. cum quis decedens* 37. §. *codicillis* 5. *ff. de legat.* 3. uti & divisio hereditatis, quæ emtionis vicem obtinet, *l.* 1. *C. commun. utriusque judic.* junct. *si cogitatione* 21. *C. famil. ercisc.* Sciendum enim, neque pignus, quod testator suo creditori constituit in crediti securitatem, contractum esse; cum ex solius testatoris voluntate etiam ignoranti creditori nascatur: neque assignationem liberti, aut depositi confessionem, aut mortis causa capionem, esse actus a testamento alienos, sed itidem solo fieri testatoris arbitrio, quod ad vitæ finem mutabile est: denique divisionem quidem, quæ ex sociorum conventione vel a judice fit, emtionis loco haberi; eam vero, quam testamento testator facit, legatis magis, quam contractibus comparari, imo prælegatum esse, *l. cum pater* 77. §. *evictis* 8. *ff. de legat.* 2. Plane, si quid ex necessitate supervenerit, quo revera videbatur interruptus testandi actus, unico nihilominus contextu factum censebitur testamentum, necessitate legem non ferente; ac proinde non vitiabitur (ut Imperator ait) si quid ipsum corpus testatoris respiciens contigerit, id est, vel victus necessarii, vel potionis oblatio, vel medicaminis datio, vel impositio, quibus relictis, ipsa sanitas testatoris periclitetur; vel si quis necessarius naturæ usus ad depositionem superflui ponderis immineat; *l. cum antiquitas* 28. *C. de testamentis.* Similique modo superflua non nocent, neque inutilis erit institutio, si testator scripserit, *arma virumque cano, Titium heredem instituo*, arg. *l. quæ extrinsecus* 65. *ff. de verbor. obligat.*

5. Sed & testatorem testamento suo subscribere necesse est, si scribere possit, sin literas nesciat, vel ea sit valetudine, ut ad scribendum vires deficiant, præter solemnem numerum testium, alius adhibendus est, qui ejus loco subscribat, *l. hac consultissima* 21. *C. de testamentis.* Quod si ipse manu propria suum scripserit testamentum, superflua videtur subscriptio ejus, *leg. cum antiquitas* 28. *C. de testamentis*, quod vero spectat expressionem nominis heredis per manum testatoris aut testium, illa jure institutionum omnimodo requisita, juxta §. *sed his* 4. *Inst. de testam. ordin. l. jubemus* 29. *C. de testamentis*, jure novellarum libero testatoris arbitrio relicta fuit, sic ut propter omissionem ejus testamentum vitiosum non sit, *auth. & non observato C. de testamentis*, *nov.* 119. *cap. quia vero* 9.

9. Adhibendi insuper testes idonei septem, §. *sed cum paulatim* 3. *Instit. de testam. ordin.* specialiter ad hoc rogati, aut saltem ante testimonium certiorati, ad testamentum se adhiberi, cum forte ad aliam rem ante rogati essent, *l. heredes palam* 21. §. *in testamentis* 2. *ff. h. t.* non inviti detenti, sed ex li-

bera voluntate præsentes, *l. qui testamento* 20. §. *ult. ff. b. t.* simul perdurantes ab initio ad finem, donec suprema contestatio peragatur, *d. l.* 20. §. & *veteres* 8. *ff. b. t. l. hac consultissimo* 21. *C. de testamentis*, §. *sed cum paulatim* 3. *Inst. de testam. ordin.* testatorem videntes, seu in conspectu testatoris constituti, *l. si non speciali* 9. *C. de testamentis*, scientes ac vel sensu percipientes, cui rei adhibeantur; cum de cetero sermonis intelligentia in iis haud requiratur, *d. l.* 20. §. *pen. ff. b. t.* subscribentes testamento, illudque vel suo vel alieno, vel etiam ipsius testatoris annulo signantes, aut alio instrumento characterem habente, §. *possunt* 5. *Instit. de testam. ordin. l. ad testium* 22. §. *si ab ipso* 2. *ff. b. t.* ita ut proprio chirographo singuli adnotent, qui & cujus testamentum signaverint, *l. pen. ff. b. t.* Nec refert, de die an de nocte signatio facta sit, *d. l.* 22. §. *penult. ff. b. t.*

8. Conditionem vero testium, an idonei sint, nec ne, tunc inspicere debemus, cum signant testamentum, non mortis tempore; ac proinde, si tunc, cum signarent, tales fuerint, ut adhiberi potuerint, nihil nocet, si quid postea eis contigerit, *l. ad testium* 22. §. *conditionem* 1. *ff. b. t.* arg. *l.* 1. *C. de testamentis*, cujus ratio egregia est in liberis feudorum, quibus ad investituram testes adhibendi curiæ pares, *quid enim* (inquit Feudistа lib. 9. tit. 19.) *peccavit, qui investituram accepit, si illi, quos eo tempore, utpote idoneos, adhibuit, postea pares esse desierunt.* Idonei autem censentur omnes, cum quibus est testamenti factio passiva, si non inveniantur aperte prohibiti, §. *testes autem* 6. *Instit. de testam. ordin.* vel natura, vel lege. Natura prohibentur testes in testamento esse impuberes, furiosi, nisi dilucida intervalla habeant, & his similes prodigi, quibus bonis interdictum est, mente capti, muti, surdi, cæci; eo quod tales propter mentis, aut corporis vitium intelligere non creduntur, quid vere geratur, ac plerique eorum pro absentibus habentur, *d.* §. 6. *Instit. de testam. ordin. l. qui testamento* 20. §. *ne furiosus* 4. *ff. b. t.* junct. *l. ult. ff. de verbor. signif.* & cæcus nec videre testatorem, nec signa postmodum agnoscere potest, quod tamen utrumque necessarium est, *l. si non speciali* 9. *de testamentis, l. cum ab initio* 4. *l.* 5. 6. 7. *ff. de testam. quemadm. aper. inspic. & describ.* Lege repelluntur a testimonio in testamentis dicendo mulieres, idque ex vestigio juris antiqui, quo testamenta, calatis comitiis, aut in procinctu condi solita, muliebre testimonium habere non poterant, fœminis neque comitiorum, aut consiliorum publicorum neque aciei communionem habentibus, *d.* §. 6. *Inst. de test. ordin. l. qui testamento* 20. §. *mulier* 6. *ff. b. t.* Adhæc servi, improbi & intestabiles, veluti ob carmen famosum damnati, *d.* §. 6. *l. is, cui* 18. §. 1. *l. cum lege* 26. *ff. b. t. l. ob carmen* 21. *ff. de testibus*, hæretici, apostatæ, *authent. credentes C. de haret. & Manich. l. hi qui sanctam* 3. *C. de apostatis*, damnati lege Julia de adulteriis, & repetundarum, *l. scio quidem* 14. *l.* 15. *ff. de testibus, l. qui testamento* 20. §. *eum, qui* 5. *ff. b. t.* (in quo §. 5. addenda particula *non*, ut ex subjuncta ratione, & ex *d. l.* 15. colligi potest) & in genere omnes illi, qui vel ipso jure vel judicis sententia, vel justa virorum gravium & honestorum opinione, infamia notati sunt. Licet enim sola facti infamia aspersi in judiciis testes adhiberi possint, & aliquam judici fidem facere, *l. testium* 3. *pr. ff. de testibus*, aliud tamen in testamento statuendum videtur; cum hic testes septem requirantur, testes autem septem non sint, nisi plenam singuli fidem mereantur: cum ex adverso in judiciis necesse non sit, testes singulos omni exceptione majores esse, dum ibi non liberum modo judici, sed & officium ejus est, æstimare, quantum fidei his infamiæ facti maculatis habendum sit, ac vel jurisjurandi delatione vel aliter supplere defectum probationis, vel tandem rerum absolvere ab actoris intentione, si nihil occurrat, unde dubia testium minus idoneorum fides firmetur, *d. l.* 3. *pr. et* §. 1. 2. *ff. de testibus.*

8. Præter hos & alii sunt, qui, licet neque natura, neque prohibeantur generaliter in supremis elogiis testes esse, in quarundam tamen personarum testamentis testimonium non recte perhibent. Quo modo domesticum omne testimonium reprobatum dicitur, §. *in testibus* 9. *Inst. de test. ordin.* An autem domesticum sit testimonium, necne, id non ex cohabitatione, aut affectione, aut sanguinis vinculo inter testatorem et testem intercedente, sed ex sola potestate in hac testamentaria materia dijudicandum est: adeoque testis domesticus hic censetur etiam ille, quem testator ab hoste redemit; quia talis vinculo quodam pignoris tenetur, donec pretium solvat, *l. qui testamento* 20. §. *potestatis* 1. *ff. b. t.* præcipue vero filiusfamilias in testamento sui patris, pater in testamento sui filiifamilias, ut et frater in testamento sui fratris, quocum in ejusdem patris potestate est, idque illis in casibus, quibus filiusfamilias post missionem, aut extra castra, atque ita jure communi, de castrensi vel quasi castrensi peculio testatur, *d.* §. 9. *Inst. de testam. ordin. l. qui testamento* 20. *pr.* §. 1. & 3. *ff. b. t.* Cujus ea ratio est, quod juris civilis fictione pater & filiusfamilias, nec non frater in ejusdem patris potestate, una persona sunt, ac proinde, dum pater filium, filius patrem, frater fratrem haberet testem, sibi ipsi in suo proprio testamento videretur testis esse, quod jura non ferunt. Atque hinc est, quod non modo pater & filiusfamilias pluresve fratres ejusdem patris potestati subjecti in testamento extranei simul adhiberi possunt, dum extranei intuitu patria potestas non consideratur, §. *pater* 8. *Inst. de testam. ordinandis, l. pater* 17. *ff. de testibus*, Ulpianus *in fragm. t.* 20. §. 6. sed & filius emancipatus patri, & pater filio emancipato, & frater fratri, cum quo non est in ejusdem patris potestate, recte testis in testamento est, quippe non habitus pro una persona cum testatore, a quo adhibetur, nec propter affectionem suspicione laborans, dum ipsi testatoris, cui testis est, nullum ex proprio testamento lucrum speratur, sed magis heredi, ceterisque, quos ad suam vocat successionem. Quin imo, si filiusfamilias de peculio castrensi non jure communi, sed militari, testamentum condat, nihil impedit, quo minus patrem, aut fratrem sub ejusdem patris potestate positum, in suo testamento testem sortiatur; cum in testamento militari, quod a milite conditur quomodocunque voluerit & potuerit, cessent ea, quæ ad juris civilis solemnia spectant, inter quæ numeranda quoque illa juris fictio, qua plures personæ, naturaliter diversæ, pro una ha-

bentur: & de eo casu accipienda *l. qui testamento* 20. §. *per contrarium* 2. *ff. h. t.* ut concilietur cum *d.* §. 9. Secus, quam in judiciis respectu parentum & liberorum & fratrum obtinet; utpote quos, sive in potestate retentos, sive emancipatos, ad testimonium in causa personæ adeo propinquæ haud admitti oportere, patet ex *l. idoneus* 9. *ff. h. t.* ac latius demonstratum in *tit. de testibus n.* 3. & 4.

9. Heres quoque sive directus, sive fideicommissarius, sive institutus, sive substitutus, in eo testamento testis admittendus non est; eo quod in propria causa directo testis esset, cum totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, inter testatorem & heredem agi credatur, §. *sed neque* 10. *Inst. de testam. ordin. l. qui testamento* 20. *ff. h. t.* junct. *l. nullus* 10. *ff. de testib.* Idemque est in patre vel filio vel fratre heredis, non modo tunc, cum patriæ potestatis vinculo heredi conjunguntur, juxta *d.* §. 10. sed & si maxime emancipatione vel alio modo jus potestatis patriæ solutum sit; eo quod heredi instituto principaliter universum defuncti jus acquirendum est, circa quam acquisitionem non potest non suspectus esse, qui pater aut filius aut frater est ejus, cui successio testamento defertur; perinde, uti id in judiciis obtinere, supra dictum. Diversum in legatariis, ac fideicommissariis, nec non tutoribus testamento datis, constitutum est: quippe qui testes adhiberi usque adeo possunt, ut & testamentum ratum sit, in quo testibus singulis legatum relinquitur; quia inter eos & testatorem negotium non videtur geri principaliter, nec tales juris universi, sed tantum rei successores sunt, si legatarii aut fideicommissarii sint, aut tantum onere graventur, si tutores, §. *legatariis* 11. *Inst. de testam. ordin. d. l. qui testamento* 20. *pr. ff. h. t. l. si quis ita* 14. *ff. de reb. dubiis.* Nec movere debet in contrarium, quod nemo sibi possit in testamento quid adscribere, *tot. t. C. de his qui sibi adscrib. in testam. l. Divus Claudius* 15. *ff. ad leg. Cornel. de falsis*, aut in ea causa testis esse, ex qua sperat emolumentum, *l. nullius* 10. *ff. de testibus*, junct. *l.* 1. §. *in propria* 11. *ff. quando appell. sit & intra quæ temp.* Etenim major in adscriptione, quam in nudo testimonio, falsitatis metus atque præsumtio est. Et licet quis prohibeatur esse testis in causa primario ad suam utilitatem spectante, non tamen, si per consequentiam tantum inde emolumentum speretur ad ipsum perventurum, arg. *l.* 1. *l. quod dicimus* 7. *ff. de auctorit. tut.* Præterquam quod & dici possit, legatarium in testamento adhibitum nullo modo in causa propria, et ad lucrum proprium, testem esse, cum enim ad validitatem legati, quod jure novo etiam codicillis relinqui potest, quinque testes sufficiant, quippe in codicillis sufficientes, *l. ult.* §. *ult. C. de codicillis*, ac sola heredis institutio septem testium requirat solemnitatem, consequens est, legatarium, in testamento septem testibus munito adhibitum, soli heredi testimonium præstare, suum vero legatum sex testium reliquorum fide abunde docere. Unde etiam Wesembecius *in paratitl. ff. h. t. n.* 11. statuit, legatarium in codicillis testem esse non posse. Ne dicam, absurdum fore, ut talis testis simulque legatarii fide institutio subsisteret, legatum corrueret, ac tanquam caducum maneret penes heredem, sicque legatarius officii in testimonio perhibendo præstiti gratiam referret tam ingratam, datorum amissionem.

10. Nuncupativum testamentum est, cum testator palam viva voce coram septem testibus idoneis, specialiter rogatis, simul præsentibus, ac testatores videntibus, unico contextu, suam voluntatem declarat, §. *ult. Inst. de testam. ordin. l. heredes palam* 21. *pr. ff. h. t.* sic ut in hoc omnes, quæ in scripto, solemnitates requirantur, exceptis iis, quæ ad scripturam relationem habent, qualia sunt subscriptio atque signacula; quorum loco voce viva nuncupatio palam fit, *d. l.* 21. *ff. h. t. l. hac consultissima* 21. §. *per nuncupationem* 2. *l. in testamento* 26. *C. de testamentis.* Hujus vero nuncupativi testamenti utilitas in eo vertitur, quod celerius confici possit, ubi repentina vis morbi spatium non relinquit conficiendi scripturam, longiore demum temporis tractu absolvendam, arg. *l. Lucius Titius* 40. *ff. de testam. milit.* Nec necesse est, ut testator testes nominatim moneat, se nuncupativum velle testamentum condere, sed sufficit quod se testamento ordinando sciant adhibitos, *l. in testamentis* 26. *C. de testamentis.* Unde & concludendum videtur, testamentum illius, qui quidem omnes adhibere voluerat voluntatis scriptæ solemnitates, sed circa scripturam aliquid omiserat, viva tamen voce nuncupaverat judicium, sustineri tanquam nuncupativum, si modo non aperte professus fuerit, se in scriptis velle testari: cun nemo in dubio credatur illud elegisse testandi genus, quod judicium suum impugnaretur, sed magis ex eventu atque gestis colligi debeat, qua testandi forma uti voluerit, arg. *l. si miles* 3. *ff. de test. milit. l. non codicillum* 14. *C. de testament.* Quod si scriptum velle condere, coram testibus expresserit, haud subsisteret, si quid scripturæ deesset, dum non potuit quod voluit, nec voluit quod potuit, arg. *l.* 1. *ff. de jure codil.* Grassus *de success. §. testamentum quæst.* 10. Perezius ad *t. Cod. de testamentis num. ex prædicta* 19.

11. Quamvis autem nuncupata voluntas in scripturam redigi, & testium subscriptione muniri ex post facto possit, atque illud etiam fieri expediat, ne alioquin testis unius obitu ante publicationem testamenti interveniente corruat, arg. *l. publicati* 2. *C. de testamentis*, ibique DD. Mævius *ad jus Lubec. part.* 2. *t.* 1. *art.* 11. Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. *ult. Inst. de testam. ordin. n.* 1. sola tamen remissione ad schedulam seu scripturam aliquam non posse ab initio nuncupativum condi testamentum, verius est; eo quod hæc vere nuncupatio heredis non est; sed ille demum, quæ palam, exaudiente solemni numero testium, viva voce vel memoriter vel ex scripto pronunciatur aut recitatur, sic ut hæc duo, *heredem nuncupare*, & *scribere*, inter se opponantur, *l. heredes palam* 2. *ff. h. t. l. hac consultissima* 21. §. *per nuncupationem* 2. *l. in testamentis* 26. *C. de testamentis*, & in eo inter testamenta scripta ac nuncupativa diversitas sit, quod in scriptis testator sese ad codicillos respectu heredis nominandi aut partium hereditariarum assignandarum referre possit, *l. si quis ita* 36. *l. asse toto* 77. *de hered. instit.* Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 56. Vigilius *ad* §. 3. *Inst. de testam. ordin. n.* 10. & *seqq.* Longe minus sustinenda videnter ea testamenta, quæ antea tabellioni non dictata, ad alterius interrogationem aut etiam voluntatis per alium jam præconcepta prælectionem, sola & nuda testatoris affirmatione per verbum *ita*, vel solo nutu, quasi sub obtentu morbi atque debilitatis, conduntur, eo quod

sic multis fraudibus atque malitiis præberetur occasio, & veris heredibus successiones interverterentur, ut pluribus accurate contendit Tuldenus *ad t. Cod. de testamentis num.* 7. Jul. Clarus §. *testamentum, quæst.* 37. *n.* 7. Sande *decis. frisic. lib.* 4. *t.* 1. *defin.* 5. *in fine*. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 85.

12. Minus solemne testamentum dicitur, in quo quædam ex requisitis vulgo solemnitatibus per juris dispositionem remissæ sunt, quale quod Principi oblatum est, *l. omnium* 19. *C. de testamentis*, uti &, quod tempore pestis seu contagionis conditur; in quo licet testes septem adhiberi debeant, eos tamen simul jungi atque sociari remissum fuit, *l. casus majoris* 8. *C. de testamentis*. In Hollandia tamen valere testamentum tempore sævæ pestis conditum coram duobus testibus, dum tabellionis copia haberi non poterat, responsum atque judicatum est. Groenewegen *ad d. l.* 8. *C. de testamentis*, sive piæ causæ, sive privatis quid ultima tali voluntate datum sit. Confer omnino latius hæc excutientem Groenewegen *ad d. l.* 8. *C. de testamentis*, Parens p. mem. Paulum Voet *ad* §. 3. *Inst. de testam. ordin. n.* 4. *in fine*, Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 2. *n.* 23. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 77. & *par.* 2. *consil.* 36. & *par.* 4. *consil.* 90. & *par.* 5. *consil.* 28. 29. 30. Sande *decis. fris. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 4. Carpzovium *defin. for. par.* 3. *const.* 4. *defin.* 1. & *multis seqq.* Novissimo tamen jure Neomagiensi cautum, de solis mobilibus, excepta adhuc pecunia fœnebri, seu nominibus nummorum fœnori collatorum, valere testamentum tempore pestis conditum coram concionatore & duobus testibus, dummodo intra octiduum actis publicis insinuatum fuerit. *Gereformeert Landrecht van Nymegen tit.* 22. *art.* 11. Nec posse subsistere testamentum, quod tempore pestis conditum coram testibus duobus ac tabellione, testatorem quidem morbo contagioso laborantem audientibus, sed extra ædes consistentibus, eumque non videntibus, merito responsum fuit; cum nulla paratior atque pronior falsitatis machinatio esse possit, quam si testes in conspectu testatoris constituti non sint, arg. *l. si non speciali* 9. *C. de testamentis*. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 306. Carpzovius *defin. for. par.* 3. *const.* 4. *defin.* 10.

13. Ruri quoque conditum testamentum in eo privilegiatum est, quod testium quinque numero contentum sit, si plurium copia haberi nequeat; & quod unus pro altero præsente subscribere possit, si non omnes literarum periti sint; ut tamen tunc ipsi testes cognoscere debeant testatoris voluntatem, & maxime, quem aut quos sibi voluerit heredes esse, *l. ult. C. de testamentis*. Et quamvis vulgo tradatur, hodie nihil ex solemnitatibus in testamento ruri condito laxatum esse, quatenus tabellio cum testibus duobus, aut Secretarius cum duobus Scabinis æque ruri ac in urbe supremis morientium elogiis adhibendus est, Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 17. *n.* 34. 35. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 2. *n.* 23. *in fine*. Paulus Voet *ad* §. 4. *Inst. de testam. ordin. n.* 4. tamen si quis ruri constitutus, ac morbi pressus violentia, propter defectum tabellionis coram quinque testibus ultimam velit condere voluntatem, ex præscripto *d. legis ult.* rationem non animadverso, cur non id ruri degentibus, aut ibidem casu repertis, quæ permittendum foret, quam omnibus licet in urbe secundum juris civilis observationem coram septem testibus absque tabellione supremi judicii sui sententiam efficaciter declarare; ut in sequentibus hujus tituli adstructum est, *n.* 20.

14. Militare insuper testamentum juris civilis solemnibus haudquaquam adstringi, dicetur in *tit. de testament. militari*, qua tamen occasione adnotandum, exemplo militum in expeditione occupatorum etiam legatos ad exteras gentes missos, eorumque comites ac ministros, non inutiliter testari, durante absentia & in locis peregrinis commoratione, secundum simplicem juris gentium solemnitatem, neglectis solemnibus tum loci, in quo morantur, tum domicilii, unde absunt legationis causa: in quam sententiam etiam responsum ab Hugone Grotio in Resp. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 341. (*revera* 241.) *pag.* 705. & *seqq.* Quod tamen ad delegatos nomine urbium aut integrarum regionum ad collegia aut comitia generaliora Fœderati Belgii porrigendum non est; eoque pertinent, quæ scripsi *ad tit. de legibus n.* 12.

15. Præcipue vero privilegiatis accensendum testamentum parentis inter liberos; hoc enim si parens manu propria non notis, sed plenis literis præscripserit, expresso die & liberorum nominibus, nullos omnino testes desiderat, sin alius ejus jussu scripserit, duos tantum, *nov.* 107. *cap.* 1. *l. hac consultissima* 21. §. 1. & *auth. quod sine C. de testamentis*. Hugo Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 17. *n.* 26. 27. Leeuwen *cens. for. par. lib.* 2. *cap.* 2. *num.* 9. aliisque ibi cit. eosque vel masculos vel fœminas æque ac per masculos gestorum probatio ex jure naturæ ac gentium fieri possit. Grassus *de successionib.* §. *testamentum quæst.* 11. *n.* 5. Groenewegen *ad* §. 6. *Inst. de test. ordin.* Et licet Ultrajecti nullus regulariter testari possit, nisi ad id venia ipsi ab illius diœcesios Ordinibus concessa fuerit, tamen ibi tale inter liberos testamentum non indigere veniæ impetratione, notat Rodenburch *de jure conjugum, tract. prælim. de statut. diversitat. tit.* 2. *cap.* 4. *n.* 11. ex Radelantio *Curia Ultraject. decis.* 44. Nec interest, an pater, an mater, an avus aliique ascendentes ita inter suos liberos disponant: cum enim hoc & matribus & ascendentibus remotioribus utriusque naturæ concesserit Theodosii constitutio, *d. l. hac consultissima* 21. §. 1. *C. de testamentis*, *d. novell.* 107. *in præfatione*, neque id a Justiniano in *d. nov.* 107. aut uspiam alibi mutatum appareat, cur stare prohibetur? Sande *decis. frisic. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 6. Respons. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 89. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 2. *n.* 20. Non etiam refert, utrum hæ personæ scriptum an nuncupativum inter suos liberos testamentum condant, si modo nuncupatio habeat ex jure gentium sufficientem, puta, per duos testes, sicuti nuncupatæ ac privilegiatæ probantur militum voluntates juxta *l. divus Trajanus* 24. junct. *l. Lucius Titius* 40. *ff. de testam. milit.* quod vel maxime ex eo firmatur, quod Imperatores Diocletianus & Maximianus voluerunt, *quibuscunque verbis declaratam* patris inter liberos voluntatem servandam esse, *l. filii patris* 16. *Cod. famil. ercisc.* Jul. Clarus §. *testamentum quæst.* 11. Vinnius *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 18. Denique non interest, utrum æqualiter an in partibus inæqualibus liberi instituti sint: nam sic æqualitas omnimodo in liberis hoc privilegiato te-

stamento instituendis observata esset, privilegium parentibus inutile efficeretur, dum ipsa lege liberi æqualiter ad successionem vocantur, nec expedit elogio supremo caveri ea, quæ & sine ulla hominis voluntate ex ipso jure futura sunt, Tuldenus, *ad tit. C. de testamentis n.* 3. *in pr.* Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 64. Hanc autem patris inter liberos voluntatem, magis jure testamenti, quam successionis intestatæ, sustineri, prolixe discutit ac adstruit Vin. *d. lib.* 2. *select. quæst. cap.* 17.

16. Cæterum non inter alios quam liberos hæc privilegiata dispositio subsistit; adeoque si extraneæ quædam personæ liberis permixtæ ac simul cum iis instituta sint, eorum intuitu voluntas inutilis habetur, solorum liberorum contemplatione firma manens, *l. ult. C. fam. ercisc. l. hac consultissima* 21. §. 1. *C. de testamentis*, ut tamen legata uxori vel extraneo per talem relicta voluntatem præstanda sint, si propria manu testatoris scripta ac coram testibus duobus lecta vel nuncupata fuerint, *d. nov.* 107. *cap.* 1. *post med.* non obstante *l. ult. in fine C. famil. ercisc.* quippe quæ hactenus *d. nov.* 107. *cap.* 1. abrogata est. Quid, quod ne inter omnes quidem liberos, sed solos legitimos, hæc dispositio minus sollemnis admissa est, ad naturales tantum haud extendenda; tum quia privilegia strictam recipiunt interpretationem; ut quam minimum derogetur juri communi, nec ad consequentias produci debeant, *l. quod vero contra* 14. *ff. de legibus*, tum quia in legibus simpliciter facta *liberorum* mentione, soli legitimi censentur designati, *l. excusantur* 2. §. *legitimos* 3. *ff. de excus. tut.* ac filius ptoprie est, qui ex viro & uxore ejus nascitur, *l. filium* 6. *ff. de his qui sui vel alien. juris*, uti pater is, quem nuptiæ demonstrant, *l. quia semper* 5. *ff. de in jus voc.* tum denique, quia secundum mores nostros reprobato in universum atque punito concubinatu, nulli amplius liberi naturales, sed spurii omnes habentur, qui extra matrimonium nati sunt, ut dictum *tit. de concubinis n.* 3. Grassus §. *testamentum quæst.* 15. *n.* 1. Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 69. Fachineus *controvers. lib.* 4. *cap.* 3. Jul. Clarus §. *testamentum quæst.* 12. *n.* 1. Licet pro naturalibus aliquando judicatum fuisse, ex Carpzovio *defin. for. par.* 3. *const.* 4. *defin.* 24. & Christinæo *vol.* 1. *decis.* 117. refert Simon van Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 2. *n.* 21. quod in matribus haud difficulter admiseris, quarum intuitu quantum ad successionem inter legitime natos & naturales vel spurios non interest, Grassus *d. quæst.* 15. *n.* 1. Jul. Clarus *d. quæst.* 12. *n.* 2. Zoesius *d. n.* 69. Longe minus liberis ipsis hoc privilegium asserendum, quod inter parentes sine solemnibus de sua possent disponere hereditate: non enim id ulla lege cautum, aut ratione suffultum est. Sive enim causam testamenti privilegiati parentum inter liberos inducti constituas favore liberorum, quibus tacita quadam lege debita parentum successio; sive magis eam velis petendam a reverentia, quam liberi suis debent parentibus, et propter quam videbantur etiam minus solemni acquiescere debere parentum dispositioni de se conceptæ, secundum ea quæ occurrunt apud Clarum *d.* §. *testamentum quæst.* 8. *n.* 1. et Grassum *d.* §. *testamentum quæst.* 11. *n.* 1. neutra sane in parentibus locum invenit; utpote quibus non ex tradita quadam lege naturæ, sed ex commiseratione ac pietate successio in bona liberorum delata est, *l. nam etsi* 15. *ff. de inoff. testam.* nec reverentiæ liberis præstandæ necessitas a natura vel lege indicta fuit, Grassus §. *testamentum quæst.* 15. *n.* 6. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 116. Zoesius *ad Pandect. h. t. n.* 73.

17. Potest tamen ipsa parentum inter liberos voluntas adeo imperfecta esse, ut ne ex privilegio quidem effectum sortiri debeat; veluti si careat die et consule, ac scripta, non vero nuncupativa sit, *auth. quod sine C. de testamentis nov.* 107. *cap.* 1. Sande *decis. fris. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 9. Jul. Clarus §. *testamentum quæst.* 14. *n.* 2. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 39. *num.* 3. & *par.* 5. *consil.* 57. aut si quædam adnotatio manu patris scripta inveniatur circa portiones aut res liberis assignandas, sed sine capite, sine calce, sine subscriptione; eo quod hæc magis futuræ dispositionis præparatio quædam, quam vera voluntatis supremæ declaratio est, arg. *l. ex ea scriptura* 29. *ff. h. t. l. fideicommissa* 11. §. *quæ tiens* 1. *ff. de legatis* 3. Respons. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 39. Idemque est, si in genere dispositio inter liberos reperiatur imperfecta ratione voluntatis, dum parens, quibusdam jam dictis aut scriptis, plura scribere aut dicere parans, morte vel aliter interruptus fuerit, nec cœpta finierit; dummodo id in aperto sit, illum voluisse plura disponere, *l. si is, qui* 25. *ff. h. t.* arg. *d. l.* 29. *ff. h. t. d. l.* 11. §. 1. *ff. de legat.* 3. §. *pen. Inst. quib. mod. test. infirm.* Jul. Clarus §. *testament. q.* 9. Grassus *de successionib.* §. *testamen. q.* 12. Ant. Faber *C. lib.* 6. *tit.* 5. *defin.* 27. Vinnius *select. q. lib.* 2. *c.* 17. *fere in pr.* Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 39. *n.* 8. Neque admittendum videtur, quod post Costalium *ad l.* 10. §. 3. *ff. famil. ercisc.* Tuldenus *ad tit. C. de testamentis n.* 3. *in fine* scripsit, irritam non fore patris inter liberos dispositionem, si ultro citroque liberis facta bonorum distributione, de aliis adhuc rebus statuere volentem morbi vis inhibuerit: cum utique fieri potuisset, ut post omnium distributionem adhuc legatis aut fideicommissis tum universalibus tum particularibus unum aut quosdam ex liberis in gratiam reliquorum gravaturus fuisset, aut alia subjuncturus, quibus assignatæ prius portiones notabilem essent passuræ diminutionem: ut proinde non possit dici perfecta voluntatis declaratio, quando constat, plura dispositurum, qui plura disponere casu impeditus est. Simili modo imperfecta censeri debet ratione voluntatis, parentum inter liberos dispositio, quoties parens quosdam ex liberis suis silentio præteriit, arg. *tot. t. ff. de liberis & posthum.* & *tit. Inst. de exhered. liberor.* Grassus *de success.* §. *testamentum q.* 11. *num.* 9. Jul. Clarus §. *testamentum, q.* 8. *num.* 6. 7. Quod si pater unum ex liberis suis tali voluntate minus solemni exheredem fecerit, addita vera & justa exheredandi causa, magis est, ut exheredatio inutilis habeatur, cum neque uspiam illa exheredandi licentia per leges de privilegiato testamento agentes concessa sit, neque exheredationes ulla sint adjuvandæ interpretatione, *l. cum quidam* 19. *ff. de liberis & post humis*, atque insuper in *nov.* 107. *c.* 1. expresse desideretur, *liberorum nomina & uncias, in quibus eos pater scribit heredes, manu propria declarari*, quale requisitum haud impletur, ubi nulla omnino portione relicta, filius a paterna excluditur hereditate, Zoesius *ad*

Pand. h. t. num. 63. Carpzovius *defin. for. par.* 3. *const.* 4. *defin.* 21.

18. Plura de testamento patris inter liberos videri possunt apud Michaelem Grassum *de succession.* §. *testamentum quaest.* 11. & *seqq. ad q.* 17. Jul. Clarum §. *testamentum quaest.* 8. & *seqq. ad quaest.* 6. Carpzovium *defin. forens. part.* 5. *const.* 4. *defin.* 15. & *seqq. ad defin.* 21. Zoesium *ad Pand. h. t. num.* 58. & *seqq. usque ad finem*, & DD. ad *l. fin. C. famil. ercisc.* & *ad l. hac consultissima* 21. *C. de testamentis.*

19. Quod spectat testamentum ad pias causas, illud communi opinione inter privilegiata relatum est, tum ex perperam intellecta Constantini constitutione in *l.* 1. *C. de sacros. eccles.* tum potissimum ex subsecuta dispositione juris Canonici, definientis, coram duobus testibus fide dignis recte piis causis relinqui suprema voluntate, *c. relatum* 11. *extra, de testamentis*, Vid. Jul. Clar. §. *testamentum q.* 6. & 7. Grassum *de succession.* §. *testamentum q.* 17. 18. 19. Parent. p. mem. Paulum Voet *ad* §. 3. *Inst. de testament. ordin. num.* 4. *fere in fine*, Responsa Jurisc. Holl. *p.* 4. *vol.* 2. *consil.* 125. & *par.* 4. *consil.* 112. Quod & in Frisia, alioquin jus civile in testamentorum solemnibus observante, probatum testatur Sande *decis. frisic. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 13. Ac pia causa etiam censetur, quando famulo vel ancillae, aut alteri simili, qui aegre vitam tolerat, aliquid relinquitur cum allegatione quadam commiserationis aut paupertatis, Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 12. *tit.* 17. *num.* 30. Rodenburch *de jure conjug. tr. praelim. de statut. diversit. tit.* 2. *cap.* 4. *num.* 11. Jacob. Coren *observat.* 31. *num.* 18. & *seqq.* & *n.* 65. 66. Respons. Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 261. *in fine.* Sed cum jure civili in hisce ad pias causas testamentis plena solemnitas vere desiderata sit, *l. generali leg.* 13. *C. de sacros. eccles.* neque contrarium inductum fuerit per *l.* 1. *C. eod. tit. de sacros. ecclesiis*, quippe qua per *liberum stylum* non denotatur facultas testamenti condendi sine legum solemnibus; arg. *l. si quando* 35. *pr. C. de inoff. testam.* sed magis ibi id unum Constantinus effecit, ut ecclesiis & synodis Christianorum, tanquam collegiis licitis & privilegiatis, bona per ultimam voluntatem relinqui possint, cum ante sub Imperatoribus Gentilibus Collegia Christianorum, aeque ac synagoga Judaeorum, improbata essent, nec passivam haberent testamenti factionem, arg. *l. collegium* 8. *C. de hered. inst. l.* 1. *C. de Judaeis*, hinc est, quod dubitanter de hoc piae causae privilegio secundum mores nostros disseruit Jacobus Coren *d. observ.* 31. *in fine*, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *c.* 17. *num.* 36. & *seqq.* imo testamenta ad pias causas a reliquis solemnibus apud nos elogiis haud esse discernenda, idem Grotius respondit, inter Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 163. uti & Rodenburch *de jure conjugum tr. praelim. de statut. diversit. tit.* 2. *c.* 4. *num.* 11. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *c.* 2. *num.* 23. *in fine.* Ut proinde multum arbitrio judicis hic videatur tribuendum, habita ratione quantitatis legatae & patrimonii atque conditionis ipsius legantis.

20. Denique privilegiatis testamentis nostratia quoque, in hac & vicinis regionibus condi solita, merito accenseri debent. Quamvis enim in Frisia adhuc septem testium solemnitas requiratur, teste Sande *decis. Fris. lib.* 4. *t.* 1. *defin.* 14. atque etiam in Hollandia ac Ultrajecti liberum unicuique sit, secundum formam a jure civili praescriptam supremum suum judicium ordinare, praecipue, si periculum in mora videatur, nec tabellionis copia tunc sit, Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *c.* 17. *num.* 14. 15. Parens p. mem. Paulus Voet. *ad* §. 3. *Inst. de testamen. ordin. num.* 4. *in med.* versu, *poterit quis*, & *de statutis, sect.* 7. *c.* 2. *num.* 14. Rodenburch *de jure conjug. tr. praelim. de statut. diversit. tit.* 2. *c.* 3. *num.* 3. Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 17. *num.* 7. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 162. & 231. tamen & hic & multis aliis in locis etiam recte conduntur testamenta coram tabellione & duobus testibus, aut coram Graphiario & duobus Scabinis, Grotius *d. lib.* 2. *c.* 17. *num.* 15. 16. 17. Groenewegen *ad* §. 3. & 5. *Inst. de testamen. ordin.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 181. *pag.* 547. 548. Ut tamen Ultrajecti quaedam hac in parte singularia recepta sint: nam etsi & in pagis & in urbibus istius Dioecesios duo scabini cum praetore sufficiant, sive apud acta, sive in pagis domi suae voluntatis supremae faciant testationem; tamen si quis in urbe ita domi suae disponere velit, quatuor Scabinos cum praetore adhiberi necesse est, *Statutum urbis Ultraject. rubric.* 28. *art.* 1. Et quamvis testamenta in urbe Ultrajectina condita apud acta, vires suas exserant etiam quantum ad bona extra civitatis territorium sita; tamen ea, quae ruri apud acta sunt confecta, operantur quidem quantum ad bona in ejusdem judicis territorio constituta, uti & quantum ad ea, quae extra dioecesin Ultrajectinam in Hollandia alibique sita sunt; sed non extenduntur ad bona Ultrajectina sub alio sita judice, quam coram quo voluntatis declaratio facta est, etiamsi testator ab Ordinibus solenniter veniam testandi ex more ibi recepto impetrasset; sive de proprietate sive de solo usufructu legato quaestio sit; ut pluribus exequitur Rodenburch *de jure conjugum tr. praelim. de statut. diversit. t.* 2. *cap.* 4. *num.* 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. Sed nec hac occasione praetermittendum, Ultrajecti veniam testandi ab Ordinibus illius regionis petendam esse, sive quis coram tabellione & testibus, sive observata juris civilis solemnitate, adhibito septenario testium numero, testari velit, Pareus p. mem. Paulus Voet *de statutis sect.* 2. *c.* 2. *num.* 14. non item, si quis coram praetore & Scabinis urbis Ultrajectinae voluntatem declaret. Ant. Matthaeus *paroemia* 9. *num.* 8. *post med.* Rodenburch *d. tit.* 2. *cap.* 3. *num.* 4. uti, nec si quis privilegiatum inter liberos testamentum condat, ut supra monitum *n.* 15. Sufficit tamen, licentiam semel fuisse impetratam; usque adeo, ut ab hoste victore obtenta operetur etiam post discessum ejus, dominiumque superioritatis mutatum, Responsa Juriscons. Holl. *par.* 2. *consil.* 46. *in fine.*

21. An autem, sicut apud acta judicum, ita etiam apud curias provinciales, condi testamenta possint, ambiguum videtur. Ultrajectinae quidem Curiae hanc negat potestatem Rodenburch *d. tit.* 2. *c.* 4. *num.* 1. *in fine.* Sed cur Hollandicae Curiae jus tale haud assereretur, ratio hactenus non occurrit; praesertim, cum speciali Ordinum decreto, & ipsius Curiae provincialis, interpretatione, nominatim cautum inve-

niam, certo in casu, cum nempe pontificiæ religioni addictus de feudis suis testari vult, non nisi coram Præside ejusdem curiæ & Senatoribus id fieri posse, *Decretum Curiæ Holl.* 23. *Januar.* 1665. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 405. 406. Illud ex juris Canonici dictamine certum est, atque etiam in iis probatum regionibus, in quibus Pontificiæ religionis dogmata publica auctoritate stabilita sunt (non item in cæteris) coram parocho & duobus testibus testamenta recte condi, non modo in piæ causæ, sed & in privatorum utilitatem, *cap. cum esse* 10. *extra, de testamentis*, Respons. Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 13. 14. Zypeus *notit. juris Belgici lib.* 6. *t. de testamentis* versu, *generatim*, seu *num.* 6. Quemadmodum etiam ab Ordinibus Fœderati Belgii cautum, adhibito secretario consulum nationis Belgicæ & duobus testibus recte testamenta condi in illis locis maris mediterranei, (*in de Levant*) in quibus tales consules auctoritate publica Ordinum constituti sunt, *Decr. Ordin. General.* 8. *Decemb.* 1612. *vol.* 2. *pag.* 1333.

22. Etsi vero necesse nunc non est, testes specialiter rogari, si modo sciant, cui rei adhibeantur; quia videntur satis rogati esse, dum se adhiberi passi sunt. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 12. 13. *& seqq.* atque etiam variis in locis, veluti Ultrajecti, nec non in Gelriæ partibus testamenta admittentibus, (non tamen in Hollandia) major in testibus ætas requiritur, quam quidem ex jure civili, dum & in ipsis testatoribus annorum plurium quam quatuordecim desideratur implementum, *nov. decis. Ultraject. anni* 1659. *art.* 17. *Gereformeert Landrecht van Nymegen tit.* 22. *art.* 11. nec signacula testium adhiberi solent, Paulus Voet *ad* §. 3. *Instit. de test. ord. n.* 4. *in med.* nec denique legatarius in nostratibus testamentis, quæ palam coram tabellione ac testibus nuncupata in scripturam rediguntur, vel in scripturam redacta testibus ac testatori prælegenda sunt, recte testis adhibetur, ut pluribus adstruit Groenewegen *ad* §. 11. *Inst. h. t.* & confirmat ex part. Ant. Faber *de error. pragmat. decad.* 66. *errore* 1. tamen in multis adhuc generalia juris Romani fundamenta supersunt, veluti, quod sufficiat, testes tempore facti testamenti idoneos fuisse. Respons. Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 93. versu, *ten vysden.* nec mulier possit in testamento testis esse. Hugo Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. libr.* 2. *cap.* 7. *n.* 19. 20. Groenewegen *ad* §. 6. *Inst. de test. ord.* Wesel *ad nov. const. Ultraject. art.* 17. *n.* 11. nec infamis. Grotius *d. lib.* 2. *cap.* 17. *n.* 20. nec heres palam a testatore nuncupatus. Groenewegen *ad. d.* §. 11. *Inst. de testam. ordin.* nec tales, qui heredem institutum nimis propinquo sanguinis aut affinitatis vinculo contingunt, ut inde suspectum eorum testimonium habendum foret, ita suadente non tam juris civilis subtilitate, quam potius recta ac naturali ratione. Licet non desint, qui putant, patrem posse vel testem vel etiam tabellionem esse in testamento, in quo filius ipsius emancipatus instituitur, per *l. si pater* 11. *ff. ad leg. Cornel. de falsis*, quos et in respondendo secutus est auctor consilii 126. *par.* 3. *vol.* 2. *Responsorum Holl. n.* 3. sed non recte: neque enim in *d. l.* 11. pater adhibitus erat ad finem voluntati defuncti faciendam, sed tantum ad testamentum conscribendum, quod vel ab ipso testatore, vel a servo ipsius proprio aut alieno, vel a muliere, vel denique ab omni alio etiam ad testimonium in testamentis perhibendum inidoneo, si modo literarum peritus sit, fieri poterat; ac deinceps necesse erat, tali scripturæ plenam septem testium fide dignorum ac idoneorum adhiberi solemnitatem: ut proinde pater in casu *d. l.* 11. nullum filio testimonium perhibuerit, sed tantum dubitatum fuerit, an non inutilia essent illa, quæ pater testatori ministerium præbens, & quasi amanuensis, suo filio adscripserat: cum contra in nostratibus testamentis tabelliones non amanuensium operam præstent, sed potius præcipuam, eamque publicam, testamentis cæterisque instrumentis a se conscriptis tribuant fidem. Adde *tit. de fide instrum. n.* 5. *in fine*.

23. Testatoris et testium subscriptionem quod attinet, illa plerisque in locis Belgii, quæ Hispaniarum Regi subsunt, necessaria videtur, una cum Tabellionis aut Parochi subscriptione, si modo testes literas noverint, Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 46. Zypæus *notit. juris Belgici lib.* 6. *tit. de testam.* vers. *generatim*, uti et Ultrajecti, *ex novella decis. Ultraject. anni* 1659. *art.* 17. usque adeo, ut uterque testis propterea debeat omnino Ultrajecti literarum peritus esse, ut binarius testium numerus sufficiat, et si unus tantum scribere possit, una cum eo subscribente alii duo testes literarum non periti, atque adeo in universo testes tres præter tabellionem adhibendi sint, unus quidem literas sciens et subscribens, reliqui duo literas nescientes et signo sibi usitato subnotantes, sic ut duo literarum imperiti sustineant unius literati vicem. Quo sensu accepta verba *d. articuli* 17. omni cavillationi exemta erunt, qua nonnulli istum solent articulum vellicare, quasi mentem sanam haud habentem. Atque hinc etiam talia suprema morientium elogia non nuncupativa, sed scripta esse, contendit Wesel *ad novellas const. Ultrajectin. ad d. art.* 17. *n.* 4. In aliis tamen locis vel notarius vel testis literatus pro illiterato adhibito subscribere potest, teste Antonio Matthæo *post disput. de successionibus in actuario de divortio legum & usus*, *n.* 23. imo in ipsa Hollandia in testamentis, coram notario ac testibus conditis, & a tabellione in scripturam relatis, testatoris & testium subscriptionem necessariam non esse, licet adhiberi soleat, testatur Groenewegen *ad* §. 3. *Inst. de test. ordin.* Resp. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 337. (*revera* 237. *n.* 16. & judicatum refert Jacobus Coren *observ.* 10. & ob id visum fuit, talia testamenta Hollandica non scriptis sed potius nuncupativis accensere, Coren *d. observ.* 10. vers. *ten tweeden dat het voorsz. testament. pag.* 32. *in med.* licet aliis magis placeat, ea mixti generis esse; nec immerito; cum nunc testatores suam voluntatem non viva voce palam apud testes significare soleant, sed plerumque tabellioni privatim, remotis arbitris, judicii supremi mentem declarent, quæ dein verbis plenioribus a tabellione in scripturam relata, per eundem testibus præsentibus prælegitur testatori, ac ipse rogatur, an non hac scriptura prælecta suam voluntatem contineri declaret, eoque hoc ipsum affirmante, tum demum testamentum perfectum intelligitur, ut auctor est Simon van Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 2. *n.* 8. *in fine*, usque adeo, ut a tabellione scripta, sed testatori præsentibus testibus haud prælecta, atque ita ab eo aperte atque distincte haud comprobata, pro imperfectis haberi debeant, non tam

ratione solemnitatis, quam potius ratione voluntatis, necdum satis aperte ac specifice manifestatæ. Sande *decis. Frisic. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 5. Responsa Jurisc. Holland. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 85. ibique confirmationes. Adde Jul. Clarum §. *testamentum quæst.* 37. Ut proinde hactenus non nuncupativi sed magis scripti testamenti forma adhibeatur, in quantum etiam scripta juris Romani testamenta poterant vel præsentibus testibus dictata scribi, vel iisdem absentibus alio tempore per testatorem aut alium scripto comprehendi, alio tempore scripta testibus exhiberi, ab iisdem simul præsentibus testimonio firmanda, *l. hac consultissima* 21. *C. de testamentis*. Quatenus vero nunc subscriptio testium non absolute in Hollandia necessaria est secundum jam dicta, & tamen jure civili subscriptio atque signacula testium testamenti scripti finem seu complementum faciebant, sic ut non subscriptum aut non signatum pro infecto haberetur, *d. l.* 21. *in fine principii C. de testamentis*, eatenus Hollandica testamenta ad genus nuncupativæ voluntatis accedere, palam est. Cumque in testamento scripto testator heredem instituere possit per relationem ad aliam scripturam, ut supra dictum *n.* 11. non improbabile est, etiam id in hisce testamentis fieri posse; ita suadente favore testamentorum, pro quibus in dubio respondendum est. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 125.

24. Sicut autem ex jure civili nuspiam apparet, testes adhiberi in testamento potuisse, qui non novissent testatorem; utpote quem videre debebant, ne quis se fingeret, verbi gratia, Titium, cum non esset, & tanquam Titius suam ordinaret voluntatem, *l. si non speciali* 9. *C. de testamentis*, (cujus facti turpis exempla exhibet Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 2. *n.* 11. 12.) ita quoque Caroli V. edicto 4. *octobr.* 1540. *art.* 14. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 319. prudenter cautum, sic tabelliones conscribant testamenta eorum, quos ipsi non noverunt, nisi noverint testes in eo testamento adhibendos, tanquam viros honestos ac fide dignos, & hi tabellionem certiorem faciant, testatorem talem esse, qualem se profitetur, ac id ipsum in testamento exprimatur. Sic ut necesse sit, vel tabellionem, vel simul utrumque testem, probe novisse testatorem; & ob id etiam nullum fuerit pronunciatum testamentum ejus, uti nec tabellioni nec utrique simul testi notus fuerat, *Sentent. van den Hoogen en Provincialen Rade decis.* 92. adde Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *cons.* 93. vers. *ten vierden*, & *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 179. & 188. *quæst.* 1. Imo in Hollandia testamentum fore nullum, in quo tantum unus testis noverat testatorem, ab Ordinibus Hollandiæ constitutum 18. *Martii* 1671. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 437. Non tamen pro nullo videtur habendum, si testes quidem noverint testatorem, & tabellioni noti fuerint, ac eum de qualitate testatoris certiorem fecerint, ipse autem id omiserit testamento inserere; licet hac ratione, coerceri tabellio possit, tanquam qui non recte officio functus est. Jacob. Coren *obser.* 10. vers. 3. *d. de notariis*, *pag.* 33. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 375. *quæst.* 1. Quod ipsum etiam non obscure significatur ab Ordinibus Hollandiæ, dum decreto suo paulo ante commemorato, 18. *Martii* 1671. definiunt, in futurum nulla fore testamenta illa, quibus insertum non fuerit nominatim, utrumque testem novisse testatorem; testamentis vero jam conditis, & talem expressionem non habentibus, conscientiæ judicis rem totam permittunt. Plane quoties vel testes vel tabellio dicuntur non novisse testatorem, rigidius ad petitionem eorum, quorum interest, examinandi sunt de qualitate, forma, voce testatoris, aliisque circumstantiis, ex quibus detegi posset, subornatum fuisse testatorem. Schotanus *in libello, cui titulus processus judiciarius pag.* 63. 69. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 85. Adde Neostadium *Curiæ Holl. decis.* 26. Sed &, si dicatur minus a tabellione scriptum, plus a testatore dictum fuisse, non improbabile fuerit, super eo testes adhibitos audiri, quoties ipsis ab initio ad finem usque præsentibus testator voluntatem suam viva voce nuncupavit tabellioni, eandem scriptis excipienti, arg. *l. cum avus* 102. *in fine ff. de condit. & demonstrat. l. cum proponebatur* 64. *ff. de legat.* 2. Carpzovius *defin. for. par.* 3. *const.* 13. *defin.* 33. Adde *tit. de fide instrum. n.* 14.

25. Præterea, uti jure civili locus & tempus instrumentis publicis inseri debuit ad avertendam falsitatem, aut eam detegendam, ut dictum *tit. de fide instrum. n.* 3. ita quoque in nostratibus a tabellione conscribendis testamentis locus & annus ac dies adscribendus est, *l. tabularum* 2. §. *diem* 6. *ff. test. quemad. aper. inspic. & describ.* nec ratio apparet, cur in privilegiato patris inter liberos testamento diei expressio necessaria esset, juxta *nov.* 107. *cap.* 1. in aliis solemnibus haud requireretur. Quibus consequens est, ut diei adjectio prætermissa, testamentum vitiosum ac inutile efficiat, neque tabellionis in potestate sit, diem post notabile temporis intervallum suæ memoriali scripturæ (protocollo) adjicere, præsertim postquam jam exempla inde sine die & consule transcripta & edita fuerunt illis quorum interest. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 329. (*revera* 228.) nisi forte non nisi unicum testatoris testamentum sit, ut hæsitatio esse nequeat, utrum tanquam postremum prævalere debeat, nec probabiliter ex omissione diei falsitatis suspicio oriri possit; qualem facti speciem habet Joh. a Sande *decis. fris. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 9.

26. Præter vulgaria hæc testamenta a tabellione scribenda, & testatori ac testibus prælegenda, etiam usu frequentata sunt testamenta clausa, quæ a testatore, vel ejus jussu per alium, conscripta, ac ab eo subscripta, exhibentur tabellioni atque testibus duobus idoneis, cum declaratione testatoris, hisce tabulis ita clausis, nec tabellioni atque testibus ex necessitate prælegendis, supremum suum elogium contentum esse; in cujus fidem tabellio tabulæ recte atque ordine obsignatæ inscribit a parte exteriore, seu opisthographo, ipsam illam testatoris professionem, eamque una cum testatore ac testibus adhibitis, & subscribentibus, sua communit subscriptione. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 2. *n.* 7. Groenewegen *ad* §. 4. *Inst. de testam. ordin.* Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 3. *instit. de testam. ordin. n.* 2. Quale testamenti genus licet Hugoni Grotio etiam visum fuerit nuncupativum esse, in Responsis Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 192. *n.* 1. 2. 3. tamen cum ea opinio falso nitatur fundamento, quod nempe nuncupativa testamenta per relationem ad schedulam seu scripturam fieri possint, & hoc a nobis supra *h. t. n.* 11. confutatum sit, rectius illud scri-

ptis morientium voluntatibus in eadem facti specie alii plures censuerunt accensendum, Responsa Jurisc. Holl. *d. par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 322. (*revera* 222.) *n.* 1. 2. 3. in eoque etiam legatarium posse testem esse probabiliter defendi potest, si modo non ex aliis circumstantiis evidens fraudis suspicio sit, cum veniam mereantur, qui ignari, se legato honoratos esse, in testamento sese tanquam testes adhiberi passi sunt: dum ex adverso in iis, quæ testibus prælegi solent, culpa aut certe imprudentia non careant, quod legati sibi relicti scientiam habentes, nihilominus voluerint testimonii dicendi munere fungi, quod potuissent declinare. Eoque faciunt argumenta pleraque ab Antonio Fabro adducta pro eo, quod legatarius in scripto quidem, at non in nuncupativo testamento possit testis esse, *de error. pragmat. decad.* 66. *errore* 1. Atque ita forte accipiendum etiam, quod a Groenewegio scriptum, legatarios quidem hodie non debere testes esse, sed tamen aliquid hic judicantium arbitrio tribui posse, *ad* §. 11. *Inst. de testam. ordin. num. ult.* Confer Carpzovium *defin. for. par.* 3. *const.* 3. *defin.* 6. Quod autem a nonnullis traditum in Responsis Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 103. *fere in med.* & *par.* 5. *consil.* 158. *quæst.* 2. *pag.* 486. hanc quæstionem, an legatarius possit testis esse, & definitionem, quod esse nequeat, eo tantum pertinere, ut ipsi legatario simulque testi legatum per heredem præstandum non sit, reliqua tamen aliis legati titulo data, atque ipsam etiam heredis institutionem, valida ac firma esse, id erroneum omnino est; cum juris certi apertique sit, eum, qui ex aliquo negotio lucrum sperat damnumve metuit, non modo sui ipsius intuitu, seu ratione lucri illius sperati, aut damni imminentis, inidoneum testem esse, sed & aliis omnibus, qui negotium idem, ad se quoque pertinens, tali testimonio adstructum cupiunt, dum in eorum gratiam testimonium perhibendo, non potest non videri sibi quoque testis esse, ad legati sui validitatem; herede non valente fidem derogare legatario testi quantum ad legatum ipsi relictum, qui ejusdem fidem institutionis intuitu contendit admittendam esse. Neque contrarium evinci potest ex *l. si quis legatum* 6. *ff. ad leg. Corn. de falsis*, *l. quod adbibitur* 5. *C. de bis qui sibi adscribunt*, & aliis similibus juris locis, definientibus, id solum, quod quis sibi in testamento adscripsit, pro non scripto haberi, reliqua omnia testamenti capita firma manere. Nam, ut & supra monitum, is, qui sibi aliquid in testamento adscribit, nullam testamento fidem tribuit, sed in eo solo peccat, quod sibi adscribit, & ob id eo frui prohibetur; interim reliqua eo testamento disposita rata sunt, quia plenam habent solemnitatem, nec inter testes fidem facientes numeratus fuit, qui sibi in eo testamento adscripsit.

27. In concursu autem variantium in diversis locis statutorum circa solemnia ultimarum voluntatum, cujus loci leges quantum ad solemnitates observandæ sint, ex professo tractavi in *tit. de constit. Principum*, parte altera, *de statutis n.* 13. 14. 15. Cumque impetratio licentiæ testandi, quæ necessaria est in diœcesi Ultrajectina, neque rem afficiat, neque personam, sed tantum sit solemnitas quædam ad testamentum requisita, eaque talis, quæ nihil facit ad fraudes evitandas; dicendum videtur, non aliter ob non impetratam hanc testandi licentiam testamentum inutile fore, quam si in ipso territorio Ultrajectino de rebus in eodem territorio sitis conditum sit. Adeoque si Hollandus in Hollandia de prædiis Ultrajectinis testamento disponat, effectum sortiri debet voluntas ejus, quia observavit solemnia loci, in quo actus testandi celebratus fuit. Nec infirmabitur ex eo, quod forte post conditum ita in Hollandia supremum elogium Ultrajectum migret; cum enim peregrini cujusvis in Hollandia reperti, ibique more Hollandico testantis, voluntas etiam post reditum in patriam rata maneat, si nihil aliud impediat, iniquum foret, migratione sola ad locum, alia solemnia desiderantem, interrumpi actum in prioris domicilii loco solemniter ante celebratum. Sed &, si Ultrajectinus casu, non data opera ad eludendam patriam solemnitatem, in Hollandia subsistens, ac morbo correptus, testamentumque ob id Hollandica conficiens solemnitate, ibidem decedat, testamentum illud etiam quantum ad mobilia & immobilia in solo Ultrajectino reperta effectum habere debet, utcumque defuerit licentiæ impetratio, ex eadem ratione. Contra, si Hollandus Ultrajecti ex morbo detentus testamentum ibidem condere velit, necessarium ei omnino fuerit, ut licentiam testandi petat, velut solemnitatem eo loci ad testamenta requisitam; sic ut, neglecta licentiæ impetratione, dispositio ejus omni effectu sit destituenda quantum ad immobilia in territorio Ultrajectino sita. Si quæras, num ergo voluntas talis suprema, Ultrajecti condita sine licentiæ impetratione, exitum habere debeat, quantum ad res immobiles, quas testator sive Hollandus sive Ultrajectinus possidebat in Hollandia aliisve locis, in quibus illa licentiæ concessio ignota est? dicendum videtur, nihil obstare, quo minus judex Hollandus aut alterius regionis, ubi bona testatoris sita sunt, ratam habeat voluntatem Ultrajecti sine licentia conditam, quantum ad bona in suo territorio sita; tum quia ipsum diploma licentiæ, quod Ultrajecti impetratur, bonorum tantum Ultrajectinorum mentionem habet, ac proinde ad alia alibi sita porrigendum non est; tum præcipue, quia magistratus Hollandicus in testamento Ultrajecti sine licentia condito invenit ea solemnia, quæ in suo proprio territorio in testamentis jussit observari, convenienter iis, quæ a me scripta *in tit. de constit. Principum* parte altera *de statutis n.* 15. Confer Responsa Jurisc. Holl. *par.* 5. *consil.* 148. Parent. p. mem. Paulum Voet *de statutis sect.* 4. *cap.* 3. *n.* 1. & in nonnullis dissentientem Rodenburch *de jure conjugum in tract. prælim. de statutorum diversit. tit.* 1. *cap.* 3. *n.* 4. & *cap.* 4. *n.* 4. 5. 8. *tit.* 2. *par.* 2. *cap.* 3. n. 1.

28. Quod si vel minima desit in scripto vel nuncupativo testamento solemnitas, quæ vel lege vel more desideratur, inutile est, quicquid eo comprehensum fuerit, prout id jure civili obtinebat, si in scripto vel subscriptio, vel signacula omnium aut unius testis defuissent, vel non omnes testes simul fuissent præsentes, *l. si unus* 12. *l. bac consultissima* 21. *in fine principii*, *C. de testamentis*, & ex moribus hodiernis (præsupposita testandi ratione coram tabellione & duobus testibus, vel graphiario & duobus scabinis) evenerit, si quis, exempli gratia, coram secretario, qui non est simul tabellio, & duobus testibus non scabinis voluntatem declaret. Respons. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 116. & *par.* 2. *consil.* 189. *pag.* 371. aut coram duobus scabinis & eo, qui judicii illius antea

fuit secretarius, sed tempore conditi testamenti non amplius est, nec tabellionis munus gerit. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 131. aut coram quatuor testibus sine tabellione; cum duo privati non soleant haberi loco ejus, cujus fides publice approbata publicam aliis fidem facit, Jac. Coren *observ.* 31. *n.* 5. 6. *& in fine*, parum faciente in contrarium eo, quod a Julio Claro *in §. testamentum quæst.* 57. *n.* 3. & in Responsis Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 309. monetur, duobus testibus magis esse credendum, quam uni quantæcunque dignitatis sit, arg. *l. jurisjurandi* 9. *§.* 1. *C. de testibus.* Quippe quod urgere posset, si tabellio in testamentis tanquam tertius testis adhiberetur: sed cum magis interveniat persona publica fidem faciens, quam tanquam testis, non potest per duos privatos repræsentari. Sicut vice versa nec duos ipse privatos repræsentat, ac proinde nec validum esse potest testamentum, quod coram duobus tabellionibus simul adhibitis sine ullo teste alio confectum est. Similiter statuendum videtur, nec tabellionem sibi suam posse voluntatem scribere, adhibitis tantum duobus testibus, sed vel alium tabellionem, vel alioquin septem testes secundum formam juris Romani intervenire necesse est, Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 357. (*revera* 237.) *pag.* 637. *& seqq.* Sed nec patrem idoneum esse tabellionem in testamento, in quo filius ejus aut pater aliusve admodum propinquus instituitur, supra dictum *n.* 37. Denique nec firmum habendum testamentum, tanquam solemnitate destitutum, in quo testis alteruter adhibitus adhuc impubes est, *§. testes autem* 6. *Inst. de test. ordin.* & argumento eorum, quæ de testibus impuberibus dicta *in tit. de testibus num.* 2. Parens p. mem. Paulus Voet *ad §.* 7. *Instit. de testam. ordin.* atque ita sæpius judicatum fuisse testatur Simon van Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 3. *lib.* 3. *cap.* 2. *n.* 13. Quod enim ex benignitate Imperatoria sustentatum fuerit testamentum, in quo servus testis fuerit adhibitus, omnium opinione pro libero habitus, *l. sed cum aliquis* 7. *Instit. de test. ordin. l.* 1. *C. de testamentis*, id tanquam jus plane singulare ad consequentias trahendum non est, aut ad similia porrigendum, longeque minus ad impuberes pro puberibus habitos, utpote quos naturalis ratio ob judicii defectum a testimonio repellit; cum ex adverso in servis solum civile, nullum naturale impedimentum subsit, propter quod inidonei a legibus habiti sunt. An vero inutile sit censendum testamentum, cui tabellio putativus fuit adhibitus, per distinctiones expositum *in tit. de officio prætoris n.* 6. 7. & an effectu carere debeat ex eo, quod tabellio illud in immemorialem scripturam, seu protocollum haud retulerit, tractatum *in tit. de fide instrum. n.* 3.

29. Cæterum solent quidem testatores aliquando suis testamentis, recte atque ordine conditis, subjicere clausulam quam appellant reservatoriam, qua sibi reservantes facultatem addendi & detrahendi iis, quæ hactenus disposita, jubent rata ac firma esse ea omnia, quæ postmodum manu sua propria ordinaturi sunt, perinde ac si ipsi testamento solemni inserta essent. Sed fallax & lubrica admodum mea quidem opinione, dispositio illa censeri debet, quæ præter testatoris ipsius scripturam, facile per fraudes aliorum cum manus imitatione fingendam atque substituendam, nullam aliam fidem habet. Neque ullorum magis interest, quam ipsorum testatorum, hujusmodi exemplum non admitti; ne alioquin post mortem testatoris existant, qui producta ficta testatoris scriptura hereditatem aut legata aliis deferrent, & ita vera morientium judicia subverterentur, arg. *§.* 1. *in fine Inst. de milit. testam.* adeoque, si arbitrio judicis tenuia quædam legata in pios usus aut ex commiseratione eo modo data excipias, vix ullus efficax clausulæ reservatoriæ usus erit, tum ratione institutionis de novo faciendæ, tum ratione legatorum de novo legatariis assignandorum; sed id unum efficiet, ut si testator sibi reservaverit in testamento expressionem nominis heredis in testamento jam instituti, aut legatarii jam certo legato in testamento honorati, aut rei vel quantitatis vel partis assignationem ei faciendam, qui jam in testamento nominatus fuerat, tanquam institutione vel legato incertæ rei vel partis adhuc designandæ honoratus, subsecuta deinceps per privatam scripturam designatio talis atque expressio nominum, rerumve, aut partium, effectum sortiatur, arg. *l. si quis ita* 36. *l. asse toto* 77. *ff. de hered. Instit. l. institutio talis* 10. *ff. de condit. instit. l. si ita scripsere* 38. *ff. de condit. & demonstrat.* Herbajus *rerum quotid. cap.* 8. Rodenburch *de jure conjug. tract. prælimin. de statut. diversit. tit.* 3. *par.* 1. *cap.* 3. *in fine pag.* 137. 138. Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 16. *num.* 16. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 125. Et quamvis in Hollandia aliquoties responsum inveniam, scripturam privatam, habentem subscriptionem testatoris, sufficientem quidem non esse ex vi clausulæ reservatoriæ ad novos heredes instituendos, aut hereditatem institutis adimendam, ad legata tamen aut fideicommissa de novo danda, vel ad adimenda ea, quæ testamento solemni antea data fuerant, efficacem haberi oportere. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 154. *quæst.* 3. 4. 5. *parte* 3. *vol.* 1. *consil.* 26. *& par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 23. in eamque sententiam inclinet Simon van Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 11. *n.* 10. tamen ibidem subnectit, tutius certiusque facturos testatores, si hujusmodi additiones atque mutationes tabellionis & testium duorum fide firmatum eant.

30. Ex adverso, si testamentum secundum præcepta legum conditum sit, tantam firmitatem habet, ut ne rescripti quidem Principalis auctoritate rescindi aut convelli debeat, *l. si testament.* 10. *C. de testamentis*, arg. *l. rescripta* 7. *C. de precibus Imper. offerend.*

31. Altera tituli parte de iis agitur, qui testamenta facere possint; possunt autem omnes, qui non inveniuntur prohibiti: & in genere, ut quis possit dici habilis ad testamentum condendum, necesse est, ut & status & mentis & sensuum ad animi sensa explicanda necessariorum integritatem habeat; unde etiam propter integritatis talis defectum plures a testamento condendo exclusi sunt, idque vel natura vel lege: qui si fuerint enumerati, manifestum satis erit, quibus testamenti factio permissa sit. Natura quidem ipsa alios propter animi vitium, alios propter corporis defectum testari, non patitur. Propter animi vitium seu judicii defectum, testamenta condere nequeunt impuberes, licet olim potuerint, si tribunatum numerorum mererentur, *l. ult. C. de testam. milit. §.* 1. *Inst. quib. non est permiss. facere. testam.* *l. si frater* 4. *C. qui testam. fac. pos.*

nec tutoris auctoritas defectum supplet; eo quod testamenti factio ab alieno non debet arbitrio pendere, *l. illa institut.* 32. *ff. de hered: instit.* quod tamen hic eveniret; tum quia suo arbitrio tutor auctor fit, nec, ut auctoritatem interponat, cogi potest, *l. si tutor* 17. *ff. de auctor. tut.* tum quia tutoris magis quam pupilli voluntas foret; ac proinde, licet pupillus in negotiis contrahendis omnia tutore auctore agere possit, *l. in negotiis* 5. *ff. de reg. juris*, non tamen in elogio supremo condendo. Nec convalescit illud, quod in impubere ætate conditum est, si postea pubes factus ad mortem usque in eo perseveret, propter regulam Catonianam, qua id, quod ab initio non valet, tractu temporis non potest convalescere, *l.* 1. *ff. de reg. Caton. l. quod initio* 29. *l. pen. ff. de reg. juris*, sic ut ne bonorum quidem possessio ex tali testamento peti queat, *l. filiusfamilias* 19. *ff. h. t.* utcunque adimpleta ætate requisita declaret, se in eadem persistere voluntate, nisi tam solemnis esset illa declaratio, ut major solemnitas in testamento haud requiratur, Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 16. *n.* 12. 13. 14. 15. ibique DD. citati. Plane, quia favorabilis est testamenti factio, ultimus impuberis ætatis dies cœptus pro completo habetur, adeoque ipso die ultimo anni decimi quarti conditum ab eo testamentum effectum habet, *l. a qua ætate* 5. *ff. h. t.* Adde *tit. de minor.* 25. *annis n.* 1.

32. Neque quicquam oberit, quod jam pubes factus, etiamnum stupidior atque hebetior sit, ac necdum in eo vigoris animi emerserint vestigia, si modo non amens aut fatuus appareat, *l. si frater* 4. *C. qui test. fac. poss.* Gomesius *variar. resolut. tom.* 1. *cap.* 6. *n.* 2. Cum enim de civium singulorum qualitate ac habilitate leges judicare non possent, ideoque lites infinitæ essent metuendæ, unoquoque aliis sufficiens judicii acumen ad actus recte gerendos asserturo aut denegaturo, prout sibi habilitatem tertii profuturam crederet aut nocituram; rectius visum fuit, in omnes personas certa ætatis tempora definiri, quæ si quis impleverit, pro habili, si necdum, pro inhabili habeatur, præsumtione juris & de jure, ut loquuntur, ac ne probatione quidem in contrarium admissa. Atque ita, licet subinde quidam septennio minores felicius consentiant, quam alii, qui septem annorum spatia aliquandiu jam emensi sunt, ac necdum pubertati proximus non raro magis doli capax appareat, quam alii plures pubertatem jam egressi, nec minus ante annum decimum quartum nonnulli ad generandum magis habiles inventi fuerint, quam alii plures, qui eandem ætatem jam superarunt, multi denique pubertati proximi ea sæpe edant sagacitatis specimina, ut astutius alios perjurio fallere, aut de rebus suis majore cum circumspectione voluntatem ordinare possent, quam alii triennio forte aut quadriennio provectiores, prudentia ante annos veniente, aut malitia ætatem supplente; tamen ne incerto ac vago varioque jure populus Romanus uteretur, definitum fuit, neque septennio minores pro consentientibus haberi, *l. in sponsalibus* 14. *ff. de sponsalibus*, neque infantiæ proximum pro doli capace aut delinquente, *l. pupillum* 111. *ff. de reg. juris*, §. *pen. Inst. de oblig. quæ ex delict. nasc.* neque impuberem pro perjuro, *l. qui jurasse* 26. *ff. de jurejur.* aut ad nuptias aut testamenta condenda satis idoneum, *pr. Inst. de nuptiis*, *l. a qua ætate* 5. *ff. h. t.* contra vero, superatis impuberis ætatis annis, eos ad hæc habiles esse, lex constituit; nisi manifesta impotentia ad nuptias, aut amentia aperta ad testamenta condenda inhabilem monstret, stupiditate sola haud sufficiente, *d. l. si frater* 4. *C. h. t.* Jacob. Coren *observ.* 10. *fere in pr. pag.* 31. 32. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 93. Et hoc jus in Hollandia servari, quod scilicet puberes testari possint, non item impuberes, ac ne in favorem quidem piæ causæ, quia illa defectum judicii supplere nequit, auctor est Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 15. *in pr.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 3. *n.* 2. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 175. *pag.* 351. 352.

33. Sciendum tamen, statutis pluribus plenius atque obfirmatius judicium, adeoque etiam majorem annorum numerum in testatore requiri, veluti Ultrajecti anni octodecim completi in masculis, ac sexdecim in fœminis, *novella decis. Ultrajectina anni* 1659. *art.* 16. Neomagi in masculis anni viginti, in fœminis octodecim. *Gereeformeert Landrecht van Nymegen tit.* 22. *art.* 2. ac de aliorum plurium populorum jure circa ætatem ad testamenta requisitam, vide Abrah. a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. ad d. art.* 16. *n.* 10. Qualiscunque autem ætas exigatur, sive ex lege, sive ex statuti dispositione, præsumendum in dubio est, testatorem eo tempore, quo testamentum condidit, eandem implevisse; sic ut neganti, illum habuisse ætatem legitimam & facultatem testandi, probatio incumbat: eo quod generaliter illi, qui certæ personæ negant habilitatem ad actum gerendum, qui ex jure communi permissus est, negationem suam probare debent, *l. ab ea parte* 5. *ff. de probat.* ibique Brunnemannus *ad pr.* & §. 1. & alii, quos citavi *in tit. de minor.* 25. *annis num.* 12. *in fine*, usque adeo, ut & illi, qui ex capite minorennitatis restitui desiderant, docere debeant, se nondum perfectæ fuisse ætatis, cum damnosum inirent contractum, & ob id non satis idoneos ad recte contrahendum, *l. cum te minorem* 9. *C. de probation. l. si minorem*, 4. *C. de integr. restit. minor.* Wesel *ad novell. constit. Ultraject. ad d. art.* 16. *n.* 17. post Menochium, Mascardum, Christinæum, aliosque plures ibidem adductos.

34. Furiosi quoque & prodigi, cui bonis interdictum, uti nulla voluntas, *l. furiori* 40. *ff. de reg. jur.* ita nullum testamentum est, §. 1. 2. *Inst. quib. non est permiss. facere testam.* Hugo Grotius *manud. lib.* 2. *c.* 15. *n.* 2. 3. Idemque de mente capto dicendum, arg. *l. humanitatis* 9. *C. de impub. & aliis substit.* Si quæ tamen furiosi aut prodigi testamenta appareant, furore vel interdictione vetustiora, effectum sortiri debent; cum neque furor, neque interdictio bonorum propter prodigalitatem superveniens, testamentum aut actum ullum alium recte gestum interrumpat, nec novum sit, ut ea, quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium habere non possunt, *d.* §. 1. *Instit. quib. non est permiss. fac. testam. l. is, cui l.* 18. *ff. h. t.* junct. *l. in ambiguis* 85. §. 1. *ff. de reg. juris.* Nec his adversatur *l.* 1. §. *exigit* 8. *ff. de bonor. possess. secund. tab.* Ubi Ulpianus ait, *exigere prætorem, ut is, cujus bonorum possessio datur, utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, & cum facit testamentum, & cum moritur.* Si enim verba sequentia hisce jungas, apparet non aliam Ulpiani

sententiam fuisse, quam quod non sufficiat, testatorem mortis tempore testamenti factionem habuisse, sed & tum, cum illud conderet, eum debuisse ad testandum habilem esse; dum ex præmissis illis concludit, *proinde, si impubes vel furiosus, vel quis alius ex his, qui testamentum fecerit, deinde habens testamenti factionem decesserit, peti bonorum possessionem non posse*. Adde *tit. de curat. furios. & aliis extra minor. dandis num.* 7. Sed &, si dilucida furiosus intervalla habeat, testari eo tempore prohibitus non est, *l. furiosum* 9. *C. qui testam. fac. poss. l. cum aliis* 6. *C. de curatore furiosi*. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 9. *c.* 15. *num.* 2. Ac ex novella Leonis 39. prodigi dispositio sustinetur, si prodigus aut necessariis suis hereditatem relinquat, aut pauperibus eam distribuat, aut aliis piis usibus destinet, sic ut nihil erroneum, aut quod eum prodigum monstret, in ipsius judicio inveniatur. Qua ratione etiam in Hollandia judicatum, ratam debere esse prodigi voluntatem, qua is, liberis carens, uxori suæ reliquerat usumfructum rerum suarum. Appendix decis. *post responsa Jurisc. Holl. par.* 3. *vol.* 1. *pag.* 43. *in pr.* adeoque illa Leonis novella moribus hodiernis comprobata videtur, Sande *decis. frisic. lib.* 1. *tit.* 1. *defin.* 3. Groenewegen *ad* §. 2. *Inst. quib. non est permiss. fac. testam.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 3. *num.* 4. Ut tamen tutius sit impetrari a prodigo testandi veniam, ut notat Groenewegen & Parens p. mem. Paulus Voet *ad d.* §. 2. quem in finem consultum omnino est, ipsum testamentum, quod prodigus sibi condere destinavit, offerri Curiæ provinciali, vel alteri magistratui, cujus ea de re notio est, ut post plenius causæ examen confirmetur.

35. Furiosis porro & mente captis non multum absimiles, qui ita vino inebriati sunt, ut brutorum instar omni rationis sanæ sensu destituti videantur, quod quando evenerit, judex providus atque circumspectus ex circumstantiis & probationibus, per eos quorum interest adductis, æstimare debet. Confer Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 85. & 127. Probatio autem, tempore facti testamenti testatorem, furore, vel amentia, vel ebrietate mentis usum adimente laborasse, incumbit ei, qui id asserit, cum hoc ipsum facti sit; maxime si voluntas ipsa nihil absurdi aut a ratione alieni complectatur, & in ipsa testamenti formula tabellio cum testibus declarent, ipsum tunc mentis compotem fuisse, Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 14. *defin.* 26. Respons. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 47. vers. *ten tovveden*. Adde *t. de fide instrum. num.* 5. & *t. de curat. furios. & al. extra min. dand. num.* 4.

36. Propter corporis defectum testari nequit surdus simul & mutus conjunctis vitiis, si scribere nequeat, *l. discretis* 10. *C. qui testam. fac. poss.* sin scribere possit, olim quidem non aliter ei testari permissum fuit, quam si in id speciale Principis rescriptum impetrasset, *l. si mutus* 7. *ff. h. t.* sed jure novo rescripto opus non est *d. l.* 10. Idemque dicendum, si tantum mutus, sed non surdus sit, *d. l.* 10. *in fine*. Surdum autem sed non mutum viva voce suum posse judicium proferre, & ita ex jure communi, adhibita solemnitate vulgata, scriptum aut nuncupativum condere testamentum in aperto est, *d. l.* 10. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. l.* 2. *c.* 15. *num.* 4. 5. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 25. & *par.* 4. *consil.* 358. Quod si mutus, sed non surdus, scribere nequeat, quia vel literarum imperitus est, vel morbi violentia nimium debilitatus, vel ex paralysi linguæ & manus ministerio ad loquendum aut scribendum destitutus, permissum ei non est, ad interrogationem alterius solo nutu voluntatem significare, *arg. d. l.* 10. *C. qui testam. fac.* Licet enim non sani tantum, sed & in agone mortis positi, seminece ac balbutiente lingua voluntatem promentes, recte testamenta condant, si modo mente adhuc valeant, *l. quoniam indignum* 15. *C. de testamentis*, *l. in eo*, 2. *ff. h. t.* neque senium ætatis aut ægritudo corporis licentiam testandi adimat, *l. senium* 3. *C. qui testam. fac. poss.* arg. *l. senectus* 16. *C. de donation.* tamen, si in universum sermo omnis testatorem defecerit, nec ultra quicquam eloqui valeat, solus nutus ejus ad declarandam tanti momenti rem, designationem nempe successorum in universum jus, sufficiens non est, præsertim si consideres, testatori per leges impositum esse, ut vel nuncupet vel scribat heredes suos, *l. heredes palam* 21. *ff. h. t. l. jubemus* 29. *C. d. testamentis*. Eoque pertinent, quæ de testamentis sine præcedente nuncupatione ad alterius interrogationem simplici responsione affirmativa haud condendis, antea dicta sunt *num.* 11. Ut proinde in casibus hisce non aliud tali muto scribere non valenti remedium supersit, quam ut libello supplice veniam nutu testandi petat a Principe, causa cognita forsitan impetraturus, arg. *l. si mutus* 3. *ff. h. t.* eo fere modo, quo testandi licentiam causa cognita subinde prodigis speciatim indulgeri, supra monitum est. Hugo Grotius *d. lib.* 2. *c.* 15. *num.* 5.

37. Cæcum quod spectat, jus civile recentius ei testari permisit, si modo viva voce suam nuncupet voluntatem, eaque sic nuncupata in scripturam plena solemnitate redigatur, adhibito tabellione, quod vulgo in testamentaria necessarium non est, aut octavo teste, si tabellionis copia non sit, *l. hac consultissima* 8. *C. qui testam. fac. poss.* An autem in hodiernis cæcorum testamentis duo testes cum tabellione sufficiant, an vero tertius propter testatoris cæcitatem adhibendus sit, non satis certum est. In Hollandia duos cum tabellione sufficere, & cæci testamentum ab aliis eorum, qui luminibus orbati non sunt, haud distare, contendit, atque ita etiam in suprema Hollandiæ curia judicatum refert Leeuwen *cens. for. cast.* 1. *lib.* 3. *c.* 2. *num.* 34. Groenewegen *ad d. l.* 8. *C. qui test. fac. poss.* Sed cum consultum haud videatur, aliud testandi genus sibi eligere, de quo dubitatio est, an non subverti posset, arg. *principii in fine Inst. de codicil.*, *l. si miles* 3. *ff. de testam. milit.* consultum censet ipse Groenewegius, tertium securitatis & abundantis saltem cautelæ gratia testem intervenire, *d. loco*, præsertim cum inficias iri nequeat, quin facilior falsitatis occasio in cæci testamento sit, adeoque non minor hodie ratio pro tertii testis præsentia militet, quam jure civili pro octavi adhibitione; dum minor in hodiernis, quam Romanis testamentis solemnitatum observatio. Quin imo in Germania in cæci testamento adhuc omnia juris requisita, in *d. l.* 8. proposita, intervenire debere, nisi inter liberos aut in piæ causæ favorem dispositio fiat, tradit Carpzovius *defin. forens. part.* 3. *constit.* 6. *den.* 3.

38. De cetero, sexus muliebris fragilitas impedimento non est, quo minus & fœminæ suum supremum condant elogium, *l. non codicillum*, *l.* 14. *C. de*

impub. & aliis substit. 3. *ult. Instit. de exhered. liberor. l. si mater* 33. *ff. de vulg. & pup. substit.* adeo ut, licet moribus non satis recte sine maritorum auctoritate contrahant, si nuptæ sint, tamen absque ea apud nos & plures alios recte testamento de sua disponant hereditate, eo quod dispositio talis demum sortitur effectus suos postquam maritalis in uxorem potestas jam morte finita est, Sande *decis. Fris. lib.* 2. *tit.* 4. *defin.* 4. *in med.* Christinæus *ad leg. Mechlin. tit.* 9. *art.* 1. *num.* 16. Rodenburch *de jure conjugum tit.* 1. *cap.* 4. *num.* 1. 2. 3. *pag.* 236. 237. Parens p. m. Paulus Voet *ad* §. 7. *Instit. quib. ex caus. manumitt. non licet num.* 2. Wesel *de connub. societ. tract.* 1. *c.* 3. *n.* 73. *& seqq.* ubi & aliorum mores enarrat. Sed nec ab activa testamenti factione repellunt talia corporis vitia, quæ non inducunt falsitatis metum aut suspicionem. Qua ratione recte testantur eunuchi, *l. eunuchis* 5. *C. qui testam. fac. poss.* uti &, qui manibus pedibusque truncati sunt, *l. qui manus* 10. *ff. h. t.*

39. Legis dispositione testamenta facere prohibiti fuerunt de jure civili hæretici, eorumque fautores & receptatores, *l. Manichæos* 4. §. *ergo & suprema* 5. *l. Manichæi* 15. *auth. credentes, & auth. Gazaros C. de hæret. & Manich.* apostatæ, *l.* 2. 3. 4. *C. de apostatis*, peregrini, licet id iis permittat *auth. omnes peregrini C. commun. de succession.* quæ est collat. 10. adeoque non Justiniani; monachi post ingressum in monasterium, *novell.* 5. *cap. illud quoque* 3. Fachineus *controv. lib.* 6. *cap.* 14. 15. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 113. quibus comparatï nonnullis in locis, qui gerontocomii, orphanotrophii, nosocomii alicujus alumni sunt facti, Leeuwen, *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *c.* 5. *n.* 8. Adde Joh. Papon. *lib.* 7. *tit.* 1. *art.* 9. Responsa Juris. Holl. *part.* 4. *consil.* 30. Præterea testari vetiti insigniter infames, dum improbi & intestabiles declarati sunt, *l. is, cui l.* 18. §. *ult. l. cum l.* 26. *ff. h. t.* (non enim omnibus infamibus testamenti factionem ademtam fuisse, colligi potest ex *l.* 1. *C. de secund. nupt.*) obsides, nisi licentiam testandi vel jus togæ Romanæ impetrassent, *l. obsides* 11. *ff. h. t. l. divus Commodus* 31. *l.* 32. *de jure fisci*, aut ipsi a populo Romano aliis obsides dati fuissent, arg. *l. qui a latronibus* 13. §. 1. *ff. h. t.* adhæc de statu suo dubitantes, aut errantes, *l. qui testamento* 19. *l.* 15. *ff. h. t.* deportati, aut in metallum dati, *l. ejus, qui* 8. §. 1. 2. 4. *ff. h. t.* ab hostibus capti, *d. l. ejus, qui* 8. *pr. ff. h. t.* §. *ult. Inst. quib. non est permiss. fac. testam.* (diversum est in captis a latronibus, *l. qui a latronibus* 13. *pr. ff. h. t.*) damnati ad ultimum supplicium, nisi appellaverint, & pendente appellatione mortui sint, *l. qui a latronibus* 13. §. *ult. ff. h. t. l. si quis, filio* 6. §. *hi autem* 8. & 9. *ff. de injusto rupt. irrit.* vel sententia, qua damnati, directo contra leges lata, & ob id ipso jure nulla sit, arg. *d. l.* 6. §. *quid, si quis* 10. *ff. de injust. rupt. irrit.* junct. *l.* 1. §. 7. *ff. qua sent. sine appell. rescind.* vel denique condemnati sint milites ex delicto militari, fidem ruptam non continente, & de bonis castrensibus testari velint, *l. ex militari* 11. *ff. de testam. milit.* Neque id, quod dictum de damnatis testari prohibitis, mutatum est *per novell.* 22. *cap. quod autem* 8. aut *novell.* 134. *cap. ult.* licet enim pœnæ servitus per *d. novell.* 22. *cap.* 8. sublata sit, non tamen ideo iis testari permissum est; cum pœnæ partem constituat, quod damnatorum voluntates supremæ ratæ non sint. Per novellam autem 134. *cap. ult.* tantum jus fisci, vulgo bona damnatorum capientis, in gratiam proximiorum quorundam ab intestato succedentium imminutum ac remissum est, neutiquam vero testandi licentia damnatis indulta.

40. Hæc tamen non omnino moribus hodiernis comprobata sunt. Etenim externæ illæ hæreseos aut apostasiæ pœnæ usu non servantur apud nos, qui mentes hominum ad religionem ratione duci debere putamus, non armis aut suppliciorum terrore cogi; unde & id unum cautum fuit, ne per odium ex religionis diversitate natum depellantur a successione liberi, qui orthodoxi sunt, ut latius dixi *t. de inoff. testamento*, neve faveatur monasteriis in præjudicium aliorum, aut obsequiis & officiis benevolentiam alterius supremam merentium; ut dicetur ad *t. de hered. Inst.* Sed nec capti ab hostibus hodie testari prohibentur, qui plerumque servi capientium non fiunt, &, si maxime fiant, dum forte a Turcis aut Barbaris aliis capiuntur, afflictis afflictio illa non videtur superaddenda, ut per ademptam corporis libertatem etiam liberum de bonis perderent voluntatis arbitrium, liberamque mentis testationem, Groenewegen *ad* §. *ult. Inst. quib. non est permiss. fac. testam.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 3. *num.* 6. Illi quoque, qui ob carmen famosum damnati, vel propter crimen capitale ultimo supplicio per sententiam addicti sunt; toties de sua substantia recte disponunt, quoties bona eorum omnia fisco in pœnam non cedunt ex publicatione, Groenewegen *ad l.* 18. §. 1. *ff. h. t.* & *ad* §. 4. *Instit. quib. mod. testam. infirm.* Leeuwen *d. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 4. *in fine & num.* 7. Paulus Voet *ad pr. Inst. qui testam. fac. poss. num.* 8. qualem patrimonii publicationem cum adhuc hodie patiantur transfugæ ac sententia judicis declarati perduelles patriæque hostes, consequens est, ut suprema talium elogia non debeant rata esse Sande *decis. fris. lib.* 4. *t.* 1. *defin.* 2. Groenewegen *ad d.* §. *ult. Inst. quib. non est permiss. facere testam.* Leeuwen *d. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 3. *n.* 5. Peregrinis insuper æque, ac indigenis, jus testandi apud nos competit, Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 13. vers. *maar. met lankhayt.* Wessel *ad novellas const. Ultraject. art.* 16. *num.* 3. Leeuwen *d. par.* 2. *lib.* 3. *cap.* 3. *num.* 9. aliique ibi citati; contra, quam in Gallia obtinet, ubi peregrinis Rex succedit ex privilegio quod appellatur, *le droit d'aubaine.* Vide Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 138. *num.* 1. *& seqq.* quatenus pactis publicis isti juri derogatum non est: uti multis abolitum conventionibus ratione subditorum Belgii Fœderati in Gallia morientium; de quo in materia successionis ab intestato. Denique nec deportati hodierni activa carent testamenti factione, dum ignoratur apud nos deportatio talis, per quam juris civilis communio adimitur, Wesel *ad novell. const. Ultraject. art.* 16. *n.* 2.

41. Spurii aut incestuosi, ut nulla lege civili inveniuntur prohibiti, quo minus de suis bonis disponant, ita nec moribus nostris facultas talis iis deneganda est; sicuti enim non impedienda est dignitas spurii alicujus aut incestuosi, quia nihil ipse admisit seu peccavit, *l. spurii* 6. *ff. de decur.* (Adde *t. de inof. testam. num.* 10.) ita nec liberum ipsi de rebus suis arbitrium adimendum, quando id communiter aliis civibus indultum est. Licet enim diplo-

mati legitimationis inseri soleat, spuriis legitimatis etiam liberam concedi de rebus suis testandi facultatem, non tamen inde satis recte infertur, eos ante illa fuisse potestate destitutos; sed potius illa quoque de testamento faciendo clausula additur omnis disputationis tollendæ causa, dum sæpe fisci patroni, nimium utilitati ejus studentes, litem movent testamentis spuriorum, & facultatem testandi in dubium vocant, quo hereditatem eorum fisco acquirant, Vide Hug. Grotius *manuduct. lib.* 2. *cap.* 15. *num.* 6. & ibi Groeneweg. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 135. *in fine*, & 150. & 173. *quæst.* 2. Appendic. decisionum *post. Respons. Jurisc. Holl. par.* 3. *vol.* 1. *pag.* 36. Sententien van den Hoogen en Provinc. Rade *sent.* 3. & 46. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 3. *num.* 5. Parent. p. mem. Paulum Voet *ad pr. Inst. quibus non est permiss. fac. test. num.* 8. *fere in fine.* In Brabantia tamen & Meclinix aliisque Belgii Hispanici locis iis testamenti factionem negari, auctor est Christinæus, nisi ad id licentiam speciatim a Principe impetraverint, *ad leg. Mechlin. tit.* 18. *art.* 1. *n.* 9. & *seqq.* quod & apparet ex instructione Curiæ Brabant. *art.* 213. & 261. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 879. & 883.

42. Filiifamilias olim testari non potuerunt, tum quia *nihil suum habebant*, de quo testari possent, ut ait Ulpianus *in fragm. tit.* 20. §. 10. tum præcipue, quia lege 12. tabularum soli patrifamilias hoc jus datum fuit; sed postea per varias Principum constitutiones aucto jure filiorumfamilias, ut patet *ex princ. Inst. quib. non est permiss. fac. test.* res eo tandem deducta fuit ut, si nihil aliud obstet, filiifamilias sive milites sive non militantes testari potuerint de peculio castrensi vel quasi castrensi; sed si præter eos, qui castrense vel quasi castrense peculium habebant, filiusfamilias alius testamentum fecisset, illud inutile esset; licet suæ potestatis decessisset, teste Imperatore in *d. pr. Inst. in fine.* Et quamvis de peculiis aliis filiusfamilias ex consensu patris donare potuerit inter vivos vel mortis causa, *l. filiusfamilias* 7. §. *item videamus* 2. *ff. de donat.* atque etiam inde aliquid vovere, *l. si quis rem* 2. §. *vero* 1. *ff. de pollicitat.* non tamen testamentum facere, *d. pr. Instit. quib. non est permiss. fac. testam. l. qui in potestate* 6. *ff. b. t.* quia testamenti factio non privati hominis, sed legis permissione pendet, *l. testamenti factio* 3. *ff. b. t.* arg. *l. Paulus respondit* 47. §. *patroni* 1. *ff. de bonis libert.* Cumque nihil amplius a Justiniano circa jus testandi filiusfamilias indultum appareat, consequens est, eum de plenis adventitiis jure civili facere non potuisse voluntatis supremæ testationem, arg. *d. pr. in fine Inst. quib. non est permiss. fac. testam.* Nec repugnat argumentum a contrario sensu petitum *ex l. ult.* §. *ipsum autem* 5. vers. *filius autem C. de bonis quæ liberis.* Cum enim Imperator illic paulo imprudentius locutus esset, definiendo, filiofamilias *in bis duntaxat casibus, in quibus penes parentes ususfructus est*, testari non posse, respiciens scilicet non ad paucas quasdam exceptiones, in quibus ususfructus adventitiorum filiof. permittebatur, sed ad jus commune, secundum quod pater tunc temporis habebat usumfructum adventitii & plenum dominium profectitii peculii sui filiifamilias; illa autem verba Imperatoris nonnulli in argumentum traherent, quasi tacite hoc ipso filiisfamilias concessa videretur licentia disponendi ultimo elogio de plenis adventitiis, ipse id aperte prohibuit per *leg. pen. C. qui testam. fac. poss.* istique prohibitioni in institutionibus, postea demum conditis, (nam *l. pen.* data fuit 3. non. Dec. post consulatum Lampadii & Orestis, anno 531. Institutiones vero 11. Cal. Dec. Justiniano tertium Consule, anno 533. juxta proœm. in fine) firmiter inhæsit in *d. pr. in fine quib. non est permiss. fac. test.* Sed nec jure novellarum illud obtinuit. Quod enim *in nov.* 117. *cap.* 1. §. 1. traditur, filiosfamilias de rebus sibi ita relictis vel donatis, ne pater usumfructum in iis habeat, *posse quo volet modo disponere*; id ad dispositiones tantum inter vivos, neutiquam ad testamentarias, referendum est; tum quia de ea tractatur dispositione, quam alius facere poterat, curator voluntate legantis vel donantis substitutus, si filiusfamilias *adbuc ætate minor* esset, secundum verba novellæ, quod ad testamenta non pertinere clarum est, *l. illa institutio* 32. *ff. de bered. instit.* tum etiam quia *perfecta ætas* requiritur in textu ad dispositionem illam, quæ ibi filiisfamilias permittitur; qualis *ætas perfecta* simpliciter posita non alia est, quam viginti quinque annorum, maxime post *l. ult. C. de bis qui ven. ætatis*, talis vero majorennitas ad dispositiones quidem inter vivos requiritur, sed non ad eas, quæ testamento fiunt, *l.* 1. §. *ult. ff. de minor.* 25. *annis*, *pr. Inst. de curator.* junct. *l. a qua ætate* 5. *ff. b. t.* Duo ergo in *d. nov.* 117. *cap.* 1. Justinianus nova induxit, & extraneis filiofamilias aliquid relinquere volentibus permisit, 1. ut patri possent adimere usumfructum, 2. ut patri etiam possint adimere administrationem, aliumque constituere, per quem res ita filiofamilias relictæ aut donatæ regantur; cum alioquin utrumque patri esset a lege datum, *l. cum oportet* 6. §. *non autem* 2. *C. de bonis quæ liberis.* Frustra vero urgetur, longe magis ultimam voluntatem filiofamilias permittendam esse, si ei dispositio inter vivos indulta sit, quia satis inhumanum est, morientibus adimere disponendi licentiam, quæ vivis datur, *tit. Instit. de lege Fusia Canin. toll.* Procedunt enim ista, quoties adsunt de cætero requisita dispositionis supremæ voluntatis, puta, habilitas personæ, quæ in filiofamilias testamenti intuitu non est. Nec movet, quod in pleno adventitio filiusfamilias jam olim militi comparatus fuerit, atque ita pro patrefamilias habitus, *l. Imperator Hadrianus* 60. *in fine ff. ad senatusc. Trebell.* cum id non universaliter ibidem asseratur, sed tantum respectu quorundam actuum inter vivos, *si nempe res a possessoribus peti, vel etiam cum debitoribus agi oporteret*, ut textus habet. Leve denique est, quod filiusfamilias in publicis causis habeatur pro patrefamilias, *l. filiusfamilias in publicis* 9. *ff. de bis qui sui vel alien. juris*, talis autem esse videatur testamenti factio, *l. testamentis* 3. *ff. b. t.* Etenim testamenti factio juris quidem publici est, hoc est, non a privati hominis sed legis potestate pendet concessio ejus, ut supra dictum; sed non est causa publica, quale est tutoris aut magistratus officium, & similia, de quibus in *d. l.* 9. tractatur.

43. Moribus tamen hodiernis passim fere filiisfamilias testandi licentia competit etiam sine patris consensu, nec patria potestas impedimento est, si Frisiam excipias, ubi adhuc Romanum jus hac in

parte servatur, Sande *decis. frisic. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 1. Groenewegen & Parens p. mem. Paulus Voet *ad pr. Instit. quib. non est permiss. fac. testam. num.* 8. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 3. *num.* 3. Wesel *ad novellas. constit. Ultraject. art.* 16. *num.* 6. & plures alii ab iis citati. Eodem scilicet modo, quo & potestas curatoria (in qua nunc inviti omnes minores sunt) jure civili ac hodierno inhabilem ad testandum non efficit eum, qui ætatem implevit statuto vel lege in testamentis requisitam. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 1. *cap.* 8. *in pr.* Sicut e converso per nuptias sui juris facti, adeoque a patria aut curatoria liberati potestate secundum mores hodiernos alibi expositos, neutiquam ad testamenta condenda admittendi sunt, si de cætero necdum sint illius ætatis provectioris, veluti octodecim aut viginti quinque annorum, quæ statutis quibusdam, quibus regi debent, definita est, secundum ea quæ supra dicta sunt, nisi id aperte statuto cautum esset; eo quod ætas ad testandum præscripta nihil cum patria aut curatoria potestate commune habet, aut inde dependet, nec fictio juris, per quam is, qui necdum est legitimæ ætatis, pro tali tamen haberetur, sine statuto vel lege induci potest; quippe magis hominis quam legis fictio tunc futura, Peckius *de testamentis conjug. lib.* 4. *cap.* 14. Nec huic contrarium est, quod a Johanne a Sande *decis. frisic. lib.* 2. *tit.* 7. *defin.* 3. *fere in fine*, & Wissembachio *ad Instit. disp.* 57. *de differ. theor. & prax. th.* 47. aliisque scriptum est, liberos quamprimum matrimonium contraxerint, testamenta facere posse. Agunt enim auctores illi de his, qui secundum juris Romani principia nequeunt testamentum facere, quia in potestate patria constituti sunt, ut id in Frisia adhuc obtinere, dictum est; non vero de talibus, quibus propter ætatis defectum testamenti factio denegata est. Cumque Frisonibus æque ac omnibus aliis populis placuerit, per nuptias tolli patriam potestatem, ut iidem juris Frisici auctores testantur; non mirum, quod & apud eos legitur, illos, qui propter patriam potestatem testari non poterant, protinus a nuptiis contractis ad elogia suprema condenda admitti, sublato jam per nuptias non ætatis, sed patriæ potestatis, impedimento.

44. Si quæras, quid obtineat in concursu variantium statutorum circa concessam aut denegatam testandi facultatem, dum Gelri quidam, & alii nonnulli testamenti factionem in totum aut pro parte etiamnum reprobant, contra Hollandi, Ultrajectini, Frisii, aliique multi probant omnino; nec tamen iisdem omnes permittunt personis; quatenus Hollandi quidem masculos & fœminas protinus ab ipso pubertatis initio ad elogia suprema condenda habiles judicant, sive sui juris sive patriæ potestati subjecti sint; Ultrajectini vero masculis, sive sui sive alieni juris, demum post impletum annum octavum & decimum, fœminis post annum decimum sextum, concedunt testamenti faciendi jus, Frisii denique filiisfamilias omnem negant activam testamenti factionem? Dicendum videtur, in his omnibus quantum ad mobilia spectandam unice esse domicilii legem; quippe qua sola regi mobilia ubicunque sita, adstruxi *in tit. de constitut. Principum*, patre altera, *de statutis num.* 11. adeoque Hollandum annos quatuordecim egressum, & in sacris paternis adhuc constitutum, recte testari de mobilibus, utcunque non in Hollandia, sed vel Ultrajecti, vel in Frisia, vel in loco alio testamenta non admittente, sitis. Contra, non posse Ultrajectinum ante impletum annum ætatis decimum octavum elogio supremo disponere de mobilibus, licet in Hollandia aut alio quocunque in loco repertis. Similiter nec filiumfamilias Frisonem id posse de mobilibus in Hollandico aut Ultrajectino territorio quacunque de causa existentibus: quia scilicet singulis in casibus lex domicilii habilem inhabilemve ad testandum effecit civem suum ratione mobilium ad eum pertinentium, ac non alia quam domicilii dominici lege regundorum. Diversum est in immobilibus; quippe in quibus spectandæ solummodo leges loci illius, in quo singula sita sunt; sic ut eo ipso facile fieri possit, ut quis in totum testatus decedere cupiens, invitus tamen atque reluctans pro parte intestatus moriatur. Qua ratione, si Hollandus annorum quindecim, & adhuc patriæ subjectus potestati prædia habeat Hollandica, & Ultrajectina, & Frisica, atque etiam Gelrica regionis illius, quæ testamento non utitur, ac quocunque in loco faciat ultimæ voluntatis suæ testationem, vi testamenti talis soli fundi Hollandici illis cedent, quibus institutionis aut legati titulo dati sunt; Frisici vero, atque Ultrajectini, nec non Gelrici, neutiquam heredi scripto, utcunque ex asse instituto, sed solis ab intestato venientibus debentur; quia testatori tali leges Gelricæ, Ultrajectinæ, Frisicæque denegarunt testandi jus. Vice versa, si Ultrajectinus pubes ante annum decimum octavum, vel etiam Gelrus illius patris, quæ testamenta reprobat, prædia habens Ultrajecti & in Gelria atque Hollandia, testamentum condiderit, & aliquem scripserit ex asse heredem, sola immobilia Hollandica ad institutum perventura sunt, dum testator ejus ætatis fuit, quæ legislatori Hollando sufficiens ad testandum visa est; Gelrica vero ac Ultrajectina capient soli ab intestato ex lege vocati, excluso herede testamentario, quippe per talem instituto, cui lex Ultrajectina & Gelrica non indulsit testamenti factionem. Denique, si filiumfamilias Frisonem, majorem annis octodecim, in Frisia, Hollandia & Ultrajectina regione prædia possidentem, testamentum condidisse proponas, sive in ipsa Frisia, sive alio in loco, irrita quidem erit illa dispositio quantum ad agros in Frisia sitos, quia lex Frisica filiofamilias supremæ voluntatis arbitrium denegavit; sed tamen effectum omnino sortietur in prædiis Hollandicis & Ultrajectinis; eo quod jus Hollandicum & Ultrajectinum filiisfamilias post impletum decimum octavum ætatis annum certo certius testari permittit, patria potestate nihil impediente. Quæ singula sic definita si argumentis ulterius adstruere hoc loco intenderem, actum agerem; cum omnimodo firmata sint ac ulterius sponte fluant ex iis, quæ late tractata atque disputata sunt in *tit. de constit. Principum*, parte altera, *de statutis num.* 7. & 8.

TITULUS II.

De liberis & posthumis heredibus instituendis vel exheredandis.

SUMMARIA.

1. *Quid suus heres, & cur ita dictus? Quid & quotuplices sint veri ac quasi posthumi?*

2. *Quo modo posthumi & quasi posthumi instituendi fuerint; & formula Galli Aquilii, lege Velleja, sententia Juliani? & de posthumis Cornelianis; deque institutione posthumorum & quasi posthumorum ex filiis emancipatis.*
3. *De institutione posthumorum & quasi posthumorum ex uxore, quam quis nondum duxit, sive certa sive incerta; aut ex uxore illegitima, sed qua sublato impedimento legitima fieri potest.*
4. *Praeterito herede* suo *jam nato, testamentum est nullum: emancipato praeterito datur bonorum possessio contra tabulas: posthumi & quasi posthumi praeteriti rumpunt testamentum. Quasi posthumo praeterito, ac vivo testatore moriente, convalescit testamentum ruptum; ac non moriente vero posthumo.*
5. *Si suus heres jam natus a patre praeteritus sit, & moriatur vivo patre, an testamentum convalescat jure civili vel pratorio? Adstruitur, moribus hodiernis testamenta tali in casu debere rata censeri; uti jure pratorio sustinebantur, si suus praeteritus noluisset patri heres esse.*
6. *Posthumi instituti*, si testatore vivo nascantur, *an & censeantur instituti in casum, quo* nascerentur mortuo testatore? *Quid juris, si* posthumum *instituerit, & plures simul aut successive nascantur ex eadem vel secunda tertiave uxore? Quid, si posthumum instituerit ex certa uxore nasciturum, & nascatur ex alia uxore? Quid si pater exheredaverit* unum filium nasciturum, *& nascatur filia, vel plures filii?*
7. *Qua olim inter liberos masculos & feminas, ac inter liberos primi & ulterioris gradus differentia fuerit? quo modo jure novo sublata? Mansit adhuc jure novissimo Justiniani differentia inter suos & emancipatos & posthumos circa infirmationem testamenti ob praeteritionem.*
8. *An, & quando filii habeantur pro praeteritis, si sub conditione instituti sint? Et an jure novo Justiniani heres suus sub conditione casuali possit institui? An censeantur praeteriti, si tantum ex re certa, vel ab una tantum persona vel ab uno tantum gradu sint exheredati, vel sub conditione? Et quid, si sub conditione instituti, in contrariam conditionem exheredati sint? Quid, si apud nos tantum coram tabellione & testibus sint exheredati & non coram Scabinis?*
9. *Jure civili illi qui tantum sunt* in conditione *positi, non censentur ex testamento vocati.*
10. *Quis sit usus superioris quaestionis? Recensentur circumstantiae, ex quibus praesumendum, in conditione positos ex testamento vocatos esse. Quid juris sit in Hollandia & alibi circa positos in conditione?*
11. *Moribus hodiernis praeteritio est loco tacitae exheredationis, ac liberis a patre praeteritis querela datur. An natis aut posthumis per ignorantiam praeteritis, testamentum vi clausula codicillaris sustineatur, sic ut legatoriis inde legata & fideicommissa praestanda sint, deductis tantum per praeteritos duobus quartis? & ubi plura de his tractantur?* remiss.
12. *Hodie omnes liberi sub conditione casuali possunt institui, si modo legitima pure relinquatur. An instituendi etiam legitimati rescripto Principis? An & nepos naturalis ex filio legitimo, si ad avi vel avia petitionem legitimatus sit? An & naturales a matre sua?*
13. *Pater habens liberos legitime natos, et naturales, non potest jure civili et hodierno naturalibus plus relinquere quam unam unciam; sed si nullos habeat legitimos, tunc naturales potest ex asse heredes scribere, uti et nepotes naturales ex filio legitimo vel legitimos nepotes ex filio naturali.*
14. *Liberis adulterinis et incestuosis an per parentes alimenta relinqui possint jure civili ac moribus? An quid amplius praeter alimenta? Et quid juris in avo respectu nepotis incestuosi ex filio vel filia legitima? An liberi clericorum pontificiorum in clericatu geniti pro incestuosis habendi sint?*

1. QUamvis testamentum patris inter liberos privilegiatum sit, ac sine juris civilis solemnitatibus subsistat, alio tamen respectu illud plus quam solemne merito dixeris, quatenus non sufficit, adhibita in eo esse solemnia in titulo praecedente tractata, nisi liberi jam nati, aut in futurum sperandi, heredes instituantur aut exheredentur. Ut tamen praeteritio non eundem in suis jam natis & posthumis, & emancipatis effectum produxerit. Quod ut magis appareat, operae pretium fuerit exponere, quis *suus heres*, quis *posthumus* & *quasi posthumus*, ac quotuplex sit. *Suum* heredem Romani dixerunt, qui proximum a testatore gradum in potestate tempore mortis obtinet, *l. scripto herede 7. ff. si tabulae testam. nulla extab. l. lege Cornelia 12. in fine ff. qui test. fac. poss.* adeoque non omnes, qui patriae subsunt potestati, hoc ipso sui heredes sunt, sed illi soli, quos nullus antecedit, veluti filii filiaeque familias, nec non nepotes ex filio intermedio jam mortuo vel emancipato in potestate retenti; nam si filius etiamnum superstes ac in potestate sit, nepotes ex eo geniti avo sui heredes non sunt, utcunque in avita positi potestate, quia ipsi proximum in potestate gradum non obtinent, sed pater eos antecedens avo proximus gradu est. Dictus autem fuit *suus heres*, quasi sui ipsius heres, cum sibi ipsi quodammodo succedat, & velut ad propria bona veniat, dum ad paternam venit hereditatem; eo quod juris civilis fictione una cum patre persona est, atque ita vivo adhuc patre etiam quodammodo dominus rerum paternarum: quo fit, ut mortuo patre dominium non tam acquiri aut inchoari in eo, quam potius continuari intelligatur, nec ulla videatur patris hereditas post mortem ejus fuisse, sed magis filius liberam bonorum administrationem consecutus esse, *l. in suis 11. ff. h. t. l. 1. §. largius 12. ff. de successor. edicto §. sui autem 2. Inst. de her. qual. & differ.* Posthumos quod spectat, illi primo quidem vel sui sunt, qui scilicet nati proximum a testatore gradum in potestate obtinuissent; vel alieni, qui nati non proximum obtinuissent gradum in potestate, quales in hac materia non modo sunt avo suo nepotes ex filio emancipato jam mortuo concepti & adhuc nascituri, sed & concepti atque sperati ex filio in potestate retento, quamdiu filius ipse adhuc sub patris sui potestate constitutus vivit, *§. posthumorum 2. Inst. de exheredat. liberor.* Sed & secundo vel veri posthumi sunt, vel quasi posthumi. Veri posthumi appellantur, qui post mor-

tem patris aut avi paterni nati sunt, vel etiam ex utero matris exsecti, *l. quod dicitur* 12. *l. Gallus* 29. *ff. h. t. posthumi* 5. §. *posthumos* 1. *ff. de injust. rupt. irrit. fact. testam.* arg. *l. posthumus* 6. *in fine pr. ff. de inoff. testam.* Quasi posthumi dicuntur generaliter, qui aut post conditum testamentum proxime in potestate nati sunt; aut ante conditum testamentum nati quidem, post conditum tamen testamentum agnascendo demum cœperunt sui heredes esse; aut post testamentum conditum nati, sed non proximi in potestate, incipiunt postea per mortem patris intermedii avo sui heredes esse; aliisve modis patris aut avi potestati proxime subjiciuntur; aut denique nati post patris captivitatem.

2. Cæterum non modo liberi jam nati & sui heredes ex jure civili instituendi fuerunt vel exheredandi, uti & emancipati jam nati ex jure prætorio, *pr. &* §. *emancipatos* 3. *Instit. h. t. de exhered. liber.* verum etiam posthumi & quasi posthumi sive filii sive nepotes aut pronepotes ex filio. De veris quidem posthumis, sive filiis sive nepotibus speratis ex filio jam mortuo, antequam avus testamentum condebat, instituendis aut exheredandis vix ulla dubitatio est, at quasi posthumi, qui facti testamenti tempore nec revera, nec etiam in proxima (quod ajunt) potentia erant proximi in potestate testatoris, aut saltem non ita gradu propinqui, quin alius intermedius, gradu prior illos intercederet, ac impediret, ne his successio ab intestato tempore conditi testamenti deberetur, (quales avo aut proavo nepotes vel pronepotes, viventibus adhuc personis intermediis) ante formulam Galli Aquilii & legem Vellejam non ita commode institui potuerunt, quin rumperent avi testamentum, persona intermedia ante mortem avi moriente. Neque enim institui poterant tanquam sui, quia tales non erant tempore facti testamenti; & si tanquam extranei fuissent instituti, succedentes deinde in locum patris intermedii præmorientis, rumpebant avi testamentum, tanquam non eo, quo oportebat, modo ad hereditatem avitam testamento vocati. Et Galli quidem Aquilii formula effectum, ut subsistat avi testamentum, quo instituit nepotem post mortem suam ex filio nasciturum in casum, quo contigerit, filium intermedium mori ante avum testatorem: illudque etiam ad pronepotem extensum, *l. Gallus* 29. *pr. &* §. 1. 2. 3. 4. *ff. h. t.* Ex capite primo legis Vellejæ instituendi erant filii vel nepotes vel pronepotes, qui vivo patre vel avo vel proavo testatore post conditum testamentum proximi in potestate nasciturі erant. Ex legis Vellejæ capite secundo ad hereditatem ex testamento vocabantur, qui conditi quidem testamenti tempore jam nati erant, sed postea demum incipiebant testatori sui heredes esse, *d. l. Gallus* 29. §. *nunc de* 11. *& seqq. ff. h. t.* Ex sententia Juliani, caput primum & secundum legis Vellejæ quodammodo conjungentis, instituebantur, qui post conditum quidem testamentum nascituri erant, sed protinus a nativitate proximum a testatore gradum non erant obtenturi, verum postea demum morte vel emancipatione patris intermedii, aut alio modo, jus sui heredis adepturi, *d. l. Gallus* 29. §. *pen. ff. h. t.* Sciendum enim, quasi posthumos non tantum agnasci, & ita suos heredes effici, per successionem in locum proximioris, qui hactenus sui heredis locum tenuit, sed & si quis post conditum testamentum per legitimationem, aut adrogationem, aut adoptionem ab ascendente factam, patriæ potestati incipiat subjectus esse proximumque in potestate gradum obtinere. Denique ex lege Cornelia, qui ante patris captivitatem concepti quidem erant, sed demum patre jam ab hostibus capto ab uxore ejus, in urbe relicta, in lucem erant proditurі, appellati inde posthumi Corneliani, *l. qui uxore* 15. *ff. de injust. rupt. irrit. test.* Uti autem hi omnes veri & quasi posthumi hactenus recensiti institui debuerunt ex jure civili, ne nascendo aut agnascendo testamentum infirmarent; ita quoque ex jure prætorio instituendi vel exheredandi fuerunt posthumi aut quasi posthumi emancipati: ne ex edicto prætoris evacuetur testamentum ob eorundem præteritionem; veluti si ex filio emancipato præmortuo nepos avo speretur; vel nepos ex filio emancipato adhuc vivente natus ante aut post conditum avi testamentum, per mortem intermedii filii emancipati incipiat avo adhuc superstiti proximus gradu esse, & ita nancisci prætoriæ successionis jus. Confer de posthumis & quasi posthumis Meyerum *colleg. Argentorat. ad hunc tit. num.* 13. *& seqq. ad n.* 19. Cujacium, Duarenum *& DD. ad l.* 29. *ff. h. t.*

3. Neque hac occasione silentio prætermittendum, non modo posthumos aut quasi posthumos ex uxore, quam quis jam habet, institui posse, sed & ex ea, quæ testatori nondum matrimonio juncta est; idque vel generaliter, dum posthumum ex qualibet vidua postea ducenda nasciturum, *l. posthumum ex* 27. *ff. h. t.* vel specialiter, dum ex Caja, adhuc in matrimonium accipienda, nasciturum posthumum ad suam vocat hereditatem, si modo testatori cum tali muliere jus connubii sit, *l. si quis posthumos* 9. §. *pen. & ult. ff. h. t.* unde si quis posthumum sibi ex uxore alteri nupta heredem scriberet, institutio, tanquam turpis, ipso jure nulla foret, *d. l.* 9. §. 1. *ff. h. t.* Plane, si quis scripserit sibi heredem posthumum ex ea, quæ propter civile impedimentum, quod tolli potest, uxor esse non poterat; valebit institutio, si impedimento sublato illa inceperit testatori legitima uxor esse, prout id variis exemplis docet Tryphonius in *l. filius a patre* 28. §. *si quis eo* 3. *ff. h. t.*

4. Quod si liberi *sui jam nati* in testamento paterno sint silentio præteriti, testamentum ipso jure nullum est, licet hi sui ante patrem mortui fuerint, *l. si filius* 7. *ff. h. t. l. si quis eum* 16. §. 1. *in fine ff. de vulg. & pup. substit. pr. instit. h. t. exhered. liber. l.* 1. *ff. de injust. rupt. irrit. testam.* Non obstante *auth. ex causa C. de liberis præteritis*, eo quod illa desumta est ex *novell.* 115. *cap. aliud quoque* 3. *&* 4. in qua ex professo de exheredatione, ac causis exheredationis, & testamento per inofficiosi querelam rescindendo tractatur, ideoque exheredatio ad patrem referenda, præteritio ad matrem, tanquam matris intuitu tacitam constituens exheredationem, §. *ult. Inst. h. t. de exhered. liber.* Vinnius *select. quæst. libr.* 2. *cap.* 20. Emancipati præteriti, sive nati sive posthumi aut quasi posthumi, ex edicto prætoris acquirunt bonorum possessionem contra tabulas, §. *emancipatos* 3. *Insti. h. t. de exhered. liber. tit. ff. de bonor. possess. contra tab. bon. possess. petita*, sui vero posthumi, tam veri quam quasi, paternum aut avitum rumpunt testamentum sui heredis agnatione, §. *posthumorum* 2. *Instit. de exhered. liberor.* Ut tamen in-

ter veros & plerosque quasi posthumos quædam differentia sit, quatenus veri posthumi agnatione testamentum semel ruptum neque civili neque prætorio jure restituitur, licet posthumus natus illico decesserit; quia hoc in casu concipi nequit præsumta quædam nova patris jam defuncti voluntas, per quam testamentum sustineretur, *l. uxoris abortu* 2. *C. de posthum. hered. instit.* Idemque in posthumo Corneliano servatur, *l. qui uxorem* 15. *ff. de injust. rupt. irrit. facto testam.* Sed aliter receptum in eo quasi posthumo, qui post conditum testamentum natus iterum decessit, vivo etiamnum testatore, quippe quo casu velut ex nova patris voluntate testamentum, summo jure civili ruptum, ex æquitate prætoria defenditur, data secundum tabulas bonorum possessione, *leg. posthumus præteritus* 12. *ff. de injust. rupt. irrit. test.* & ad eum quoque casum quasi Posthumi nati iterumque vivo adhuc testatore morientis restringendum, quod generalius a Paulo traditum, si posthumus natus ruperit testamentum, & decesserit, codicillos valere, *l. conficiuntur* 8. §. *si post* 3. *in fine ff. de jure codicill.* cum utique constet, codicillos ex testamento dependentes sequi ipsius testamenti jus, *l. ab intestato* 16. *in fine ff. eod. tit.*

5. Quod si (ut hoc addam superiori proximum) filius jam natus ante conditum testamentum, & a patre præteritus, vivo patre moriatur, jure civili testamentum convalescere nuspiam cautum est, sed nec prætor uspiam invenitur tale testamentum suo sustinuisse edicto, data secundum tabulas bonorum possessione. Unde & plures in ea sunt opinione, moribus hodiernis tale testamentum ruptum mansurum; nec aliter aut ulterius sustineri vi clausulæ codicillaris, quam quatenus sustinentur testamenta, in quibus liberi sive nati sive posthumi, patri suo superstites, præteriti sunt, Jacob. Coren *observ.* 10. *vers. urgeerden de voornoemde erfgenamen, n.* 1. *& seqq. pag. mihi* 34. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 161. Sed cum circa natorum & posthumorum præteritionem Romani nimia usi sint nimisque scrupulosa subtilitate, ipsis quoque Romanis Imperatoribus ac prætoribus & Jurisconsultis notata atque improbata, ut patet ex *l. posthumus præteritus* 12. *l. filio præterito* 17. *ff. de injust. irrit. testam. l. ult. in pr. C. de liberis præteritis*, rationem non animadverto, cur non æque secundum morum hodiernorum simplicitatem sustineatur testamentum, in quo filius jam natus præteritus est & vivo testatore decessit, quam in quo quasi posthumus invenitur præteritus, qui vivo testatore mortuus est, juxta *d. l. posthumus* 11. *ff. de injust. rupt. irrit. test.* cum æque in casu jam nati, quam in casu quasi posthumi, ante patrem prætereuntem morientis, nova concipi possit patris superstitis voluntas, aut saltem perseverantia voluntatis pristinæ, ob impedimentum sublatum non amplius iniquæ. Cui accedit, quod, filio exheredato ante patrem moriente, testamentum paternum ex certissimi juris civilis & hodierni principiis firmum manserit, nulla querela evertendum, quippe deficiente jam eo, qui injuria exheredationis affectus fuerat: ac proinde, cum præteritiones a patre factæ apud nos & plerosque alios, tacitæ exheredationes sint, exemplo maternæ præteritionis; consequens est, non minus post mortem præteriti quam exheredati filii, vivo patre evenientem, paternum oportere testamentum sustineri. Et sane, si ex ipso jure civili testamentum, in quo filius *suus* jam natus præteritus erat, & patri supervixerat, verum a paterna abstinuerat hereditate, adeoque heres esse noluerat, ex æquo & bono tuitionem habuerit, licet subtilitas juris refragari videretur, ut ait Papinianus in *l. filio præterito* 17. *ff. de injust. rupt. irrit. test.* nihil vetat, cur non eodem modo sustineatur, ubi filius jam natus a patre præteritus, sed ante patrem decedens, ad paternam non venit hereditatem, quia heres esse non potuisset, mortalitate impeditus. Præsertim cum & alias parum intersit, an quis noluerit, an non potuerit heres esse; sic ut & substitutio facta in casum, quo quis *noluerit* heres esse, producatur ad casum, quo ille heres esse *non potuerit*, ex veriore sententia in *tit. de vulg. & pup. substit.* plenius adstruenda. Neque quicquam in contrarium facit ratio diversitatis inter jam natos & quasi posthumos præteritos, adducta a Jacobo Coren *d. loco*, quod nempe in casu, quo filius jam natus invenitur præteritus, testamentum statim nullum sit, adeoque convalescere nequeat secundum regulam Catonianam; illud vere, in quo quasi posthumus est præteritus, ab initio subsistat, & ob id defendi facilius ac sustineri debeat, tanquam cujus initium vitiosum non est: non, inquam, urget satis; tum, quia testamentum agnatione quasi posthumi semel ruptum, eo incipit loco esse, ac si ab initio nullum fuisset, jam nato eo, qui per incertum nativitatis suæ effecit, ut testamenti vis & valor usque ad nativitatem in suspenso fuerit; tum quia ipsa testamenta ab initio valida, sed agnatione quasi posthumi rupta, propter mortem quasi posthumi vivo patre contingentem, non nisi ex æquitate prætoria sustinebantur, & ex eadem æquitate sustineri quoque potuerunt illa, quæ ab initio ex præteritione nulla erant, ut ante dictum ex *d. l.* 17. *ff. de injust. rupt. irrit. fact. testam.* tum denique, quia moribus hodiernis passim fere receptis inter testamenta ob præteritionem nulla & rupta nihil interest, dum utraque vi clausulæ codicillaris, eodem plane modo sustinentur & eosdem per omnia effectus habent, ut infra adnotabitur.

6. Si quis posthumos in unum casum instituerit, veluti *si se vivo nascantur*, alter vero casus existat, dum nascuntur testatore jam mortuo, casus omissus jure Pandectarum, aut certe secundum plurium Jurisconsultorum opinionem, non censebatur subauditus, magisque posthumi videbantur præteriti, *l. commodissimo* 10. *ff. h. t.* sed jure novo id mutatum, sic ut alterutro casu expresso, institutio in casum utrumque facta intelligatur, *l. ult. C. de posthum. hered. inst.* Sed &, si posthumum testator instituerit, & duo pluresve veri aut quasi posthumi ex una aut diversis uxoribus polygamia successiva superinductis nascantur, omnes quotquot nati fuerint hoc ipso videntur ad successionem testamento vocati, arg. *l. qui filiabus* 16. §. *si quis ita* 1. *ff. de legat.* 1. *si ita scriptum* 13. *ff. h. t. l. cum inter* 14. *C. de fideicom. libert.* ac hisce consentaneum est, quod Ulpianus tradit, cum maritus posthumum heredem scribit, non utique eum solum posthumum scriptum videri, qui ex ea, quam habet uxorem, ei natus est; vel eum, qui tunc in utero est; verum eum quoque, qui ex uxore quacunque nascetur, *l. placet* 4 *ff. h. t.* Diversum esset, si quis non simpliciter posthumum, sed

ex certa uxore nasciturum instituisset: tunc enim nati ex alia conjuge posthumi pro præteritis habentur, *l. filius a patre* 28. §. *si quis ex* 2. *ff. h. t.* Quemadmodum etiam, cum pater cavit, *si mihi filius unus nascetur, exheres esto*, præteritione posthumi laborare crederetur testamentum, si vel sola filia vel plures filii aut filiæ simul nascantur, *l.* 1. §. *quare* 3. *ff. de ventre in possess. mit.* Ut ut enim alias sub masculino genere fœmineum quoque comprehendi soleat, *l.* 1. *ff. de verb. signif.* *l. si quis ita* 16. *pr. ff. de testam. tut.* tamen exheredatio non videbatur interpretatione benigniore juvanda, arg. *l. eum quidam* 19. *in fine ff. h. t.*

7. Licet autem circa hanc instituendi vel exheredandi necessitatem inter masculos & fœminas, nec non inter primi et ulterioris gradus descendentes, olim illud interfuerit, quod masculi primi gradus nominatim exheredari debuerint, fœminæ vero nec non reliqui ulterioris gradus descendentes ex filiis inter cæteros potuerint ab hereditate excludi, si modo posthumabus inter cæteros exheredatis aliquid esset relictum, ne viderentur per oblivionem præteritæ, *pr.* & §. 1. 3. *Inst. de exhered. liber.* jure tamen novo hæc in sexu ac gradu diversitas sublata fuit, differentia inter suos et emancipatos, ut et inter natos ac posthumos, etiam secundum novissima Justiniani jura manente: adeo ut masculis aut fœminis suis tum primi tum ulterioris gradus jam natis præteritis, aut inter cæteros tantum exheredatis, testamentum adhuc nullum sit; posthumis, aut quasi posthumis masculis aut fœminis primi aut ulterioris gradus præteritis, vel inter cæteros tantum ab hereditate exclusis, testamentum rumpatur; emancipatis tum natis tum posthumis masculis aut fœminis sive primi, sive remotioris gradus præteritis, aut tantum inter cæteros exheredatis, prætor succurrat per bonorum contra tabulas possessionem; prout id suadent omnia argumenta Imperatoris *in* §. *sed quidem* 5. *Inst. h. t.* & *l. ult. C. de liberi præteritis*. Nec movere debet, quod in *d.* §. 5. dicitur constitutum; *ut omnes sive sui sive emancipati sint, eundem habeant effectum, quem filii sui vel emancipati habent, sive jam nati sint, sive adhuc in utero constituti postea nati sint*: cum Imperator per *omnes sive suos sive emancipatos* denotet omnes illos, qui filii non erant, sed vel filiæ, vel nepotes ex filiis, quibus omnibus hoc tributum voluit, ut eundem haberent effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda, quem in specie *filii sui vel emancipati habent*, a filiabus & remotioribus masculini sexus descendentibus, quantum ad effectus in infirmandis parentum testamentis olim omnino distincti. Confer Vinnium, Paulum Voet & Interpretes recentiores ad *d.* §. 5. Et quamvis verum sit, Novellarum jure inter suos & emancipatos sublatam fuisse differentiam quantum ad delatam ab intestato successionem, *nov.* 118. *c.* 1. & 4. nulla tamen uspiam mutatio hujusmodi aut exæquatio circa præteritionis testamentariæ effectus apparet.

8. Cæterum pro præteritis habendi non modo, quorum nulla in institutione vel exheredatione mentio est, sed &, qui instituti quidem aut exheredati, verum non ita uti oportet; veluti, si sub conditione moribus seu jure impossibili a parente instituti sint, *l. filius qui* 15. *ff. de condit. institut.* vel sub possibili quidem, sed non potestativa verum casuali, *l. suus quoque* 4. *pr.* & §. 1. *ff. de hered. instit. l. ult. ff. de condit. institut. l. jam dubitari* 86. *ff. de hered. instit.* nisi conditio casualis non in futurum, sed in præteritum aut præsens concepta fuerit, veluti *si Titius vivat, si ante annum consul fuerit*, cum proprie nulla sit conditio, quæ in præteritum aut præsens confertur, *l. institutio talis* 10. §. 1. *ff. de condit. institut.* vel nisi filius ita institutus, verecunde agens cum judicio paterno, bonorum possessionem secundum tabulas petere vellet, quam ei prætor etiam conditione deficiente tuetur, *l.* 2. §. 1. *ff. de bonor. poss. sec. tab.* vel posthumus sub conditione casuali institutus esset, & illa extiterit ante nativitatem ejus, *l. cum posthumus* 22. *ff. h. t.* aut denique filius sub conditione casuali institutus, sub conditione contraria, exheredatus sit, *l. si pater filium* 4. *C. de institut.* & *substit. l. si quis testamento* 11. *ff. de condit. instit. l. filius a patre* 28. *ff. de hered. instit.* Nisi quis velit, hæc omnia de casuali conditione mutata esse novissimo jure Justinianeo, quo constitutum, legitimæ quidem intuitu omnem conditionem, moram omnem & dilationem, adjectam pro non scripta haberi, pro reliqua vero hereditatis parte conditionem recte appositam intelligi, & eventum expectandum esse, *l. quoniam in* 32. *l. pen.* §. *cum autem* 1. *C. de inoff. testam.* quod tamen minus probabile est, ut docet Fachineus *controv. lib.* 5. *cap.* 71. Sic quoque ex adverso pro præteritis habiti ob vitium exheredationis, qui tantum ex re certa exheredati, *l. cum quidem* 19. *ff. h. t.* vel ab una tantum persona, vel ab uno tantum gradu: cum ab omni persona omnique gradu tum institutionis tum substitutionis exheredatio facienda sit, *l. et si pepercerit* 3. §. *filius* 2. *et seqq. ff. h. t. l. non putavit* 8. §. *si ab uno* 3. *ff. de bonor. possess. contra tab.* Quod si a primo gradu filius jam natus præteritus sit, a secundo exheredatus, gradus ille primus, a quo filius est præteritus, nullius momenti ac pro non scripto habetur, & testamentum a gradu secundo initium accipit, *d. l. et si pepercerit* 3. §. *ult. ff. h. t. l. ex facto* 43. §. *Lucius* 2. *ff. de vul. et pupill. substit.* secus, quam in posthumo placuit; quippe qui, si a primo gradu præteritus, a secundo exheredatus sit, secundus gradus rumpetur una cum primo, si tempore nativitatis vivat aliquis eorum, qui in primo gradu instituti sunt, adeoque totum testamentum infirmabitur, *l. nam et si sub* 5. *ff. de injust. rupt. irrit. fact. testam.* Similiter, quia filii pure exheredandi sunt, *d. l.* 3. §. *pure* 1. *ff. h. t.* præteritus æstimabitur, qui a patre sub conditione exheredatus est, *l. si quis Sempronium* 68. *in fine ff. de hered. instit. l. sed sub conditione* 18. *ff. de bon. possess. contra tab.* Nisi posthumus ita sub conditione exheredatus sit, cum fieri possit, ut ante nativitatem ejus conditio existat, eodem modo, quo in institutione, *l.* 1. §. *sed et si* 5. *ff. de ventre in possess. mit.* junct. *l. cum posthumus* 22. *ff. h. t.* vel nisi sub contraria conditione inveniatur institutus, *d. l. si pater* 4. *C. de instit. et substit. d. l. si quis testamento* 11. *ff. de condit. instit. l. filius a patre* 28. *ff. h. t. l. jam dubitari* 86. *ff. de hered. instit.* hujus ea ratio est, quod si filius tantum sub conditione institutus, vel tantum sub conditione exheredatus sit, extra illam conditionem non possit non videri præteritus; cum ex adverso in unum casum institutus, & in contrarium casum seu conditionem exheredatus, nullo in casu preteritus appareat, ac proinde nec testamentum hac parte la-

borat. Denique secundum mores nostros habendi pro præteritis, qui tantum adhibito tabellione & testibus exheredati sunt; cum placuerit, exheredationes non nisi coram Scabinis fieri, Groenewegen *ad* §. 3. *Instit. de testam. ordin.*

9. An autem & illi pro præteritis habendi sint, qui tantum sunt in conditione positi, variæ Interpretum sententiæ sunt, quorum aciem utrimque exhibet Sande *decis. Frisic. lib.* 4. *t.* 6. *defin.* 5. Sed si naturalem rationem & juris civilis dictata sequi oporteat, magis est, ut tales censeri debeant omnino præteriti. Non enim conditio quicquam ponit aut definit circa ea, quæ conditione continentur, adeoque nec jus ullum attribuit personis, quæ in conditione positæ sunt, sed tantum suspendit actum illum, cui apponitur. Cui ratiocinio convenienter etiam juris nostri auctores responderunt, testamentum, in quo pater alium heredem instituit, *si se vivo filius moriatur*, non valere; *quia filius in eo præteritus est*, *l. si quis eum* 16. §. *ult. in fine ff. de vulg. et pup. substitut.* & si quis heres institutus sub conditione, *si decem Gajo dederit*, omissa causa testamenti ab intestato adiverit hereditatem, non esse Cajo subveniendum, in cujus persona conditio collata erat; *quia is legatarius non est*, *l. si quis sub* 8. *ff. si quis omissa causa testam.* penum quoque non esse legatam, cum sic legatum esset, *si penum non dederit, decem dato*, Julianus ac Paulus scripserunt, *l. cum tine* 19. §. *quod si* 1. *l. si penum* 24. §. 1. *ff. quando dies legat. cedat.* Sed & frustra *in l. moribus* 2. §. 4. 5. *ff. de vulg. et pup. substit.* disputasset Ulpianus, an pater converso ordine scripturæ posset sibi & filio suo impuberi testamentum facere hac aut simili formula: *Si filius meus intra decimum quartum annum decesserit, Sejus heres esto; filius meus heres esto*; si filius in priore formulæ parte in conditione positus, videretur hoc ipso jam institutus esse, ac superflua tunc forent verba finalia *filius meus heres esto.* Facitque insuper pro hac sententia, quod traditur in *l. filiusfamilias miles* 114. §. *cum erit rogatus* 13. *ff. de legat.* 1. Nec hisce contrarium est responsum Papiniani in *l. cum avus* 102. *ff. de condit. et demonstr.* cum nihil aliud illic asseratur, quam liberos ex nepote nascituros, quorum nulla mentio in testamento occurrebat, tacite censeri in conditione positos, adeoque nepotem, fideicommisso gravatum ab avo, non aliter ad fideicommissi restitutionem obligatum fore, quam si sine liberis mortuus fuerit. At distant omnino quæstiones hæ, an scilicet liberi tacite intelligantur in conditione positi; & an illi, qui vel expresse vel tacite in conditione positi sunt, hoc ipso censeantur quoque ex testamento vocati; quod posterius in *d. l.* 102. non asseritur: uti nec in *l. Lucius Titius* 85. *ff. de hered. instit.* ubi cum frater fratrem ex asse heredem instituisset, & si sine liberis moreretur, alios ei substituisset, ille vero adiisset hereditatem, atque ita liberis relictis decessisset, Jureconsultus ait, substitutos haud esse admittendos; eo quod testator eos amplius noluit heredes esse, si frater liberis relictis moreretur: *nam prudens consilium testatoris animadverti, qui non fratrem solum heredem prætulit substitutis, sed et liberos ejus.* Etenim ibi frater prætulit quidem fratrem & fratris liberos, sed non dicitur eos instituisse. Fratrem scilicet ex asse institutum prætulit procul dubio per institutionem; et fratris liberos non velut institutos, sed velut exclusuros substitutum per defectum conditionis, ex qua substitutio suspensa erat, & ad patris sui hereditatem veniendo etiam percepturos patrui hereditatem, patri ex aditione semel cum substitutorum exclusione quæsitam. Qua ratione non dubium est, quin & prudens animadverti possit testatoris consilium de legitimis heredibus extraneo instituto præferendis, quando extraneum sub illa instituit conditione, *si legitimi heredes hereditatem vindicare noluerint*, secundum *l. si quis ita* 82. *ff. de hered. instit.* nec tamen ambiguum, quin legitimi heredes hereditatem vindicantes, non ex testamento, sed tantum ab intestato succedant; quippe sic vindicando efficientes, ut *conditio testamento deficiat*, adeoque testamentum evacuetur, *d. l.* 82. Non etiam repugnat, quod pluribus in legibus inveniuntur formulæ propositæ, quibus liberi tantum in conditione sunt positi, nec ulterius instituti, & tamen de formulis hisce tanquam jure probatis disceptationes instituuntur, quod fieri non oporteret, si liberi in conditione positi hoc ipso non instituti sed præteriti existimarentur: veluti in *l. Gallus* 29. *pr. et* §§. *seqq. ff. h. t. l. cum in testamento* 37. *ff. de hered. instit.* In his enim & similibus aliis locis non plena institutionis & substitutionis formula continetur, sed tantum pars quædam, circa cujus explicationem Jurisconsulti occupati erant; quod colligi ex eo potest, quod aliis in legibus formulæ pleniores occurrunt, apertam eorum, qui etiam in conditione ponebantur, adjunctam habentes institutionem, *leg. moribus* 2. §. 6. *ff. de vulg. et pup. substit. pr. Instit. de pupill. substit.*

10. Hujus vero quæstionis inter alia & hic usus est, quod si in conditione positi non intelligantur testamento vocati, is, qui sub conditione tali gravatus est, res a gravante acquisitas in præjudicium liberorum aut aliorum ita in conditione positorum alienare inter vivos possit, atque etiam testamento de iis disponere, si modo ex illis aut aliis bonis suis legitimam liberis suis salvam relinquat: at nihil horum ipsi permissum sit, si liberi aliive in conditione positi, hoc ipso viderentur a testatore vocati ad illas res, quarum intuitu in conditione positi sunt, sed perinde eas iis servare debeat, atque si eorum quoque intuitu fideicommisso gravatus esset. Quod observatu necessarium omnino est; cum casus non desint, quibus in conditione positi propter varias circumstantias censeri debent ex testamento vocati, Sande *decis. Frisic. lib.* 4. *t.* 6. *defin.* 5. *in fine*, Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 20. *n.* 5. Neostadius *curiæ Holland. decis.* 22. *fere in versu nu so word*, post alios ibi citatos; puta si testator hos ipsos, quos in conditione posuit, ulterius aliquo legati aut fideicommissi onere gravaverit; cum gravare teneat, nisi prius honoratos; & proinde volens id quod consequens est, intelligi debeat etiam voluisse antecedens, sine quo consequens esse nequit. Iacob. Coren *consil.* 25. *num.* 36. *& seqq.* Neostadius *curiæ Holl. decis.* 22. *post med.* versu, *de derde conjecture.* Hugo Grotius *d. lib.* 2. *cap.* 20. *num.* 4. 5. aliique, quos citat Sande *decis. Frisic. lib.* 4. *t.* 6. *def.* 5. *vers. tertia conjectura.* Idemque dicendum, si in præfatione testamenti aut alia ejus parte testator declaraverit, se testamento suo voluisse consulere cer-

tis, quas nominavit, personis, & illæ in nulla alia testamenti parte honoratæ inveniantur, sed tantum positæ in conditione; quasi præfatio illa satis mentem testatoris declaret de vocandis testamento, quos in conditione ponit, Neostadius *d. decis.* 22. *post med. vers. om dat den testateur.* Sed &, si extra testamentum coram testibus testator significaverit, hanc suam esse mentem, ut in testamento in conditione positi pro substitutis habeantur, magis est, ut in testamento intelligantur vocari. Neostadius *d. decis.* 22. vers. *de vierde conjecture.* Deniqoe in collateralibus quidem, veluti fratrum aut cognatorum liberis aliisque similibus in conditione positis superiorem juris Romani sententiam adstructam in dubio probandam esse; sed ipsos testatoris descendentes ab eo in conditione positos, etiam extra omnem probabiiis conjecturæ jam recensitæ concursum moribus nostris videri testamento vocatos, auctor est Neostadius *d. decis.* 22. vers. *dam overmits.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 20. *n.* 4. 5. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 7. *num.* 18. dissent. Sande *d. lib.* 4. *t.* 6. *defin.* 5. *ante med.* imo in Belgio Hispanico in conditione positos pro vocatis habendos esse aperte sancitum est, teste Petro Stockmans *Curiæ Brabant. decis.* 29.

11. Cæterum quia moribus hodiernis præteritio paterna assimilata est præteritioni a matre factæ, adeoque tacitam continet exheredationem, non amplius illa subtilis distinctio inter testamenta nulla, & rupta, aut per bonorum possessionem contra tabulas enervanda, usu servatur, sed promiscue præteritis querela competit, qui etiam propter clausulam codicillarem institutis hereditatem restituere tenentur, & legatariis relicta præstare, deductis duabus quartis, legitima & Trebellianica; uti id latius expositum in *tit. de inoff. testam. n.* 7. *& n.* 14. *ac seqq.* ubi & *in num.* 17. plenius disputatum, an, & quando ob præteritionem posthumorum aut jam natorum, quam testator fecit, ignorans se liberos habere, aut posthumum sibi sperari, totum testamentum sit ipso jure nullum, nec vi clausulæ condicillaris quicquam institutis restituendum aut legata præstanda sint. Sicut in universum in illo titulo de justis exheredationis causis, de legitima relicta, deque aliis quamplurimis ad inofficiosa testamenta pertinentibus tractatum est.

12. Quia vero jure nostro nulli amplius *sui* heredes sunt, propter cessantes peculiares illos, qui Romanis placuerat effectus patriæ potestatis. Groenewegen *ad §.* 2. *Instit. de hered. qualit. & differ.* ideo quoque penes nos liberi omnes sub conditione casuali possunt institui, si modo legitima ipsis pure & sine onere data sit, Groenewegen *ad l.* 4. *ff. de hered. instit.* Parens p. mem. Paulus Voet *ad §. ult. Inst. de exheredat. liberor. n.* 3. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *l.* 3. *c.* 5. *n.* 26. Nec inter legitimos & rescriptis Principis ante vel post conditum patris testamentum legitimatos differentia est; adeo ut & avus vel avia nepotem naturalem ex filio legitimo quem legitimari petierant, ad suam debeant vocare hereditatem, ni malint, testamenta sua ob præteritionem perinde subverti, ac si legitime natos præterissent. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 7. Respons. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 150. *in med.* & *par.* 4. *consil.* 76. Sed & matris lineæque maternæ intuitu inter naturales & legitimos hac in parte nihil interesse, monet Grotius *d. lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 8. *&* 9. Adde *tit. de inoff. testam. n.* 5.

13. Licet autem jure civili parentes, si legitimam liberis legitime natis relinquerent, omnem reliquam substantiam extraneis potuerint testamento conferre; tamen si quis & legitime natos & naturales habens liberos, legitime natis solam dederit legitimam, naturalibus omnia bona sua; tantum abest, ut Romani hoc parentis probarent judicium, ut magis constituerint, in casu existentium liberorum legitime natorum naturalibus liberis per patrem non amplius quam unam hereditatis unciam testamento concedi; & quod amplius datum fuerit, id liberis solis legitimis requiri, *l. matre* 2. *& auth. nunc soli & auth. licet C. de liberis natural. novell.* 89. *cap. discretis* 12. *§. ne igitur* 2. idque, quia experientia docuit, non modo novercalibus delinimentis instigationibusque corruptos parentes aliquando malignum de sanguine suo judicium ferre, juxta *l. non est enim* 4. *ff. de inoff. test.* sed & longe magis fictis focariarum seu concubinarum adulationibus spoliari, *l. si ancillam* 2. *C. de donat. inter vir. & uxor.* adeoque haud difficulter ad id induci, ut plus naturalibus & concubina natis, quam ex legitimo matrimonio procreatis ex sua deferant hereditate. Quod moribus hodiernis tanto magis observandum est, quo magis concubinatus conjunctio aperte improbata est, quæ jure civili tolerata erat, Sande *decis. Frisic. lib.* 4. *tit.* 4. *defin.* 3. Ant. Matthæus *paræmia* 1. 45. Leeuwen *ceus. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 40. Atque ita etiam ab Hollandiæ Curia provinciali & suprema judicatum fuisse circa annum 1684. aut 1685. a fide dignis accepi, per supremam curiam addita electione, an talis filius uncia contentus esse, an magis alimenta sibi præstari vellet. Quod si nulli extent legitime nati, naturalibus liberis pater omnem suam substantiam relinquere jure novo potest, nisi parentes testatoris supersint, quibus legitima tunc debet salva esse, *auth. licet patri C. de liberis natural. novell.* 89. *cap.* 12. *§. si vero filius* 3. Idem quoque obtinet, hac in parte, in nepotibus naturalibus ex filio legitimo, vel nepotibus legitimis ex filio naturali, vel naturalibus nepotibus ex filio naturali, *l. ult. C. de liberis natural.* Peregrinus *de jur. fisc. libr.* 5. *cap.* 18. *n.* 27.

14. Incestuosos & adulterinos liberos ex damnato complexu natos nulla ex parte a suis posse parentibus institui, aut alio quocumque titulo qualemqualem ab iis liberalitatem percipere, Justiniano placuit, sic ut alimenta quidem iis ex parentis voluntate præstanda fuerint, *auth. ex complexu C. de incest. nuptiis novell* 74. *cap. si quid autem* 6. *novell.* 89. *cap. ultima* 15. Verum nostris moribus ex æquitate ipsis alimenta a parentibus recte relinquuntur, sed extra alimenta nihil omnino, quin & ipsa alimenta non ultra, quam si ipsi adhuc aliunde alimentis indigeant; non item si se exhibere possint; cum isto in casu non ita naturalis alimentorum præstatio sit, quippe ad quam ne liberorum quidem legitime natorum intuitu pater invitus compelli posset, *l. si quis a liberis* 5. 3. *sed si filius* 7. *ff. de agnosc. & alend. liberis*, Jacrb. Coren *consil.* 21. *quæst.* 5. *n.* 57. *& seq.* Ant. Matthæus *param.* 2. 18. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 2. & 123. *& part.* 2. *vol.* 2. *consil.* 91. *& part.* 4. *consil.* 55. Quibus conse-

quens est, ut liberi incestuosi ea, quæ a parente incestuoso alimentorum nomine acceperunt, ad heredes extraneos non transmittant; quasi mortalitas filii incestuosi interveniens monstraverit, quantum supra alimentorum modum, adeoque inutiliter, filio incestuoso a patre relictum sit. Diversum foret, si filius incestuosus non extraneos, sed descendentes suos sibi haberet successores; tunc enim magis est, ut ad eos transeant, quæ ipsi filio a suo patre incestuoso data sunt, quatenus nepotes ex tali filio hujusmodi alimentis opus habent. Sciendum etenim, ea quæ de filiis incestuosis non ultra alimenta ex testamento paterno honorandis dicta sunt, etiam ad nepotes ex infecta radice natos porrigenda esse, sive legitimi nepotes sint ex filio incestuoso, Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 115. *n.* 9. sive incestuosi ex filio legitimo. Cum enim nepotes naturales filiis naturalibus in eo exæquati fuerint quod extantibus liberis legitime natis non plus ex testamento avi capere possint, quam filii tales ex patris liberalitate, *d. l. ult. C. de liberis natural.* longe magis nepotes incestuosi filiis incestuosis exæquandi videntur, eo quod ex complexu magis nefario atque damnato originem habent. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 9. *pag.* 22. 23. Sicut vice versa nec parentes incestuosi a liberis incestuosis recte instituuntur; cum in omnem eventum magis faveatur successioni descendentium, quam ascendentium; adeoque, si descendentes tales non jure vocentur a parentibus, adhuc minore jure vocari videntur tales parentes a liberis; nisi & hic iis egenis alimenta relinquantur. Confer Schneidewinum *ad cit. Instit. de heredit. quæ ab intestato defer. capite, de secundo ordine succed. ascendentium n.* 49. *& seqq.* An vero incestuosis etiam exæquandi sint liberi clericorum pontificiorum in clericatu procreati, variæ sententiæ sunt. Ultrajectina consuetudine tales pro naturalibus haberi, & proinde ex testamento paterno posse totam capere hereditatem, si nulli alii liberi legitimi extent ante clericatum nati; in Hollandia vero pro incestuosis, patet ex iis, quæ habet Neostadius *Curiæ supr. decis.* 1. ac consuetudinem Ultrajectinam defendit, & a corruptelæ labe purgat Antonius Matthæus *paræmia* 2. *n.* 20. Adde Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 123.

TITULUS III.

De injusto rupto irrito facto testamento.

SUMMARIA.

1. *Quid sit testamentum* nullum, injustum, ruptum? *De revocatione testamenti apud acta vel coram tribus testibus & concurrente lapsu decennii. Alterutrum solum non sufficit ad infirmationem. Potest testator solemniter coram septem testibus revocare suum testamentum & ita intestatus mori; & jure nostro coram tabellione & duobus testibus inscribat extrinsecus testamento clauso & indorsato, se illud revocare? Quid, si cum sibi in testamento reservasset expressionem nominis heredis, illud expresserit, & post privatim deleverit ac aliud suprascripserit?*
2. *De incisione, deletione tabularum,* remiss.
3. *Rumpitur prius ipso jure per posterius recte conditum. Quid, si prius solemne sit, aut scriptum, posterius privilegiatum, aut nuncupativum, aut minore solemnitate munitum secundum legem loci, in quo conditum? An testamentum patris inter liberos possit infirmari posteriore voluntate privilegiata? & an expressa revocatio requiratur? Cur pacta dotalia expresse debeant revocari ex jure hodierno; non ita testamenta.*
4. *Ut prius rumpatur per posterius, necesse est, ut ex posteriore potuerit adiri hereditas. Recensentur plures casus, quibus prius firmum manet, quia posterius tale, ut inde nullus potuerit ab initio heres esse. An prius rumpatur per præteritum, in quo emancipatus filius est.*
5. *Non tamen necesse, ut re ipsa sit adita hereditas ex posteriore, quod exemplis docetur. Si prius testamentum semel ruptum sit per posterius, non convalescit iterum, ubi posterius, quod ab initio valuerit, jure civili aut prætorio infirmatur. Convalescit tamen prius, si testator solemniter revocet aut incidat testamentum posterius, cum declaratione, quod id facit, ut prius ratum fiat.*
6. *Recensentur casus excepti, quibus prius rumpitur testamentum per posterius imperfectum.*
7. *Recensentur casus, quibus testamentum prius ruptum per posterius nihilominus effectum habet; dum id testator in testamento posteriore jussit; vel posterius condidit, putans heredem priorem institutum jam mortuum esse, qui adhuc vivit & testatori superstes est.*
8. *Moribus quisque paganus, æque ac miles pluribus testamentis decedere potest, sic ut omnia valeant, quatenus sibi contraria non sunt, & in contrariis posteriora prævaleant, nec ipso jure, sed expressa revocatione demum priora in totum infirmantur per posteriora.*
9. *Si duo testamenta eodem tempore condita producantur, nec appareat, quodnam postremum sit, an, & quando alterutrum vel utrumque valeat jure civili & hodierno, per distinctiones explicatur.*
10. *Revocatio testamenti impediri nequit per pactum aut jusjurandum de non revocando. An per clausulam derogatoriam posterioris testamenti, priori insertam? Quid juris, si testator caverit, ne ulla posterior voluntas rata sit, nisi cui ipse certam sententiam seu verborum formulam, in priore expressam, inseruerit?*
11. *Si plures una tabula testamentum condiderint, sive conjuges, sive alii, an, & quando, & quo usque unus sine altero possit mutare testamentum? & qui de eo tractaverint?*
12. *Quid sit irritum testamentum? An hodie irritum fiat per capitis diminutionem? An per migrationem ad locum, in quo is, qui alibi testatus fuerat jure, necdum per ætatem aut aliter testamenti factionem habet, testamentum fiat irritum quoad mobilia? An &, si testamento Hollandus uxorem instituerit, & postea migret Ultrajectum, ubi id haud licitum?*
13. *An convalescat testamentum Hollandi anno* 15. *in Hollandia conditum, sed per migrationem in regionem Ultrajectinam irritum factum, si testator Ultrajecti impleat* 18. *ætatis annum? An non, si mutato domicilio rursus in Hollandiam revertatur?*
14. *Irritum fit etiam testamentum, non adita heredi-*

tati. An tunc adhuc legata debeantur jure civili ac moribus? An irritum fiat, si testator capitis damnetur, aut sibi mortem consciscat? Et quid, si contra damnationem restituatur?

1. TEstamenta alia ab initio infirma sunt, alia ex post facto infirmantur. Ab initio non subsistunt, vel propter sui heredis praeteritionem, & *ipso jure nulla* dicuntur; vel propter defectum solemnium a jure requisitorum, quo casu *injusta*, vel *non jure facta*, vel *imperfecta*, appellantur, *l.* 1. *ff. h. t. hac consultissima* 21. *in fine principii* & §. 1. *C. de testamentis*. Ex postfacto vires perdunt, dum rumpuntur aut irrita fiunt. Rumpitur testamentum, proprie loquendo, cum in eodem statu manente testatore, ipsius testamenti jus vitiatur. §. 1. *Inst. quib. mod. testam. infir.* Quod non tantum accidit agnatione posthumi vel quasi posthumi, secundum ea, quae in titulo praecedente exposita sunt; sed & aliis quibusdam modis, puta, si testator apud acta vel coram tribus testibus declaraverit voluntatis suae revocationem, & cum ea concurrat lapsus decennii a tempore conditi testamenti, ita ut sufficiat, vel ipso anno decimo revocationem factam esse, nec a tempore revocationis decennium effluxisse opus sit; licet alias neque sola revocatio talis sine decennii transcursu, neque solus decennii lapsus sine revocatione, testamentum infirmum reddat, *l. sancimus, si quis* 27. *C. de testam.*, Neostadius *Cur. Holland. decis.* 1. Respons. Jurisc. Holl. *par* 1. *consil.* 89. & *par.* 2. *consil.* 318. Brunnemannus *ad l.* 21. §. 3. & *l.* 27. *C. de testamentis*. Donellus *ad d. l.* 27. Michael Grassus §. *testamentum quaest.* 84. *n.* 314. Joh. Papon. *lib.* 20. *tit.* 1. *arrest.* 3. Et quamvis ex eo solo non possit infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere, adeoque non simplici voluntatis contrariae testificatione, §. *pen. Inst. quib. mod. testam. infirm.* nihil tamen vetat, quo minus testator coram septem testibus idoneis specialiter rogatis, aut secundum jus nostrum coram tabellione & duobus testibus, solemniter declaret, se suum revocare testamentum & intestatum mori velle, atque ita testamentum protinus hoc ipso ruptum efficiat, cum aequum simul ac naturali rationi conveniens sit, eodem genere unumquodque dissolvi, quo colligatum est, atque etiam testator hac ratione videatur quasi nuncupasse sibi heredes illos, quibus ab intestato ex legis dispositione successio debetur, arg. *l.* 1. §. *pen. ff. si tab. testam. nullae extab. unde liberi*, junct. *l. nihil. tam naturale* 35. *ff. de reg. juris.* Et sane, si conscissione aliove facto simili testator efficere possit, ut intestatus decedat, *l. ult. ff. de his quae in test. delentur*, nihil utique in causa videtur, cur non idem solemni voluntatis testificatione effectum det, Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 2. *tit.* 15. *n.* 18. & *seqq.* Jul. Clarus §. *testament. quaest.* 92. Michael Grassus §. *testam. quaest.* 84. *n.* 5. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 24. *n.* 15. & inter Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 192. *n.* 4. & *seqq.* Neostadius *Curiae Holl. decis.* 1. Groenewegen & parens p. m. Paulus Voet *ad* §. 7. *Inst. quib. mod. test. infirm. n.* 3. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 11. *n.* 8. Quin imo, si quis *clausum & indorsatum*, ut ajunt, a tabellione ac testibus testamentum condiderit, ac deinceps eidem extrinsecus inscribi curaverit, se nolle, ut illud effectum habeat, idque tabellionis & testium duorum subscriptione firmaverit, magis est, ut secundum rationes jam datas infirmatum censendum sit, Hugo Grotius inter Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 192. Jacob. Coren. *consil.* 10. Responsum Facultatis Juridicae Lovaniensis in *resp. Jurisc. Holl. par.* 5. *consil.* 16. Neque in contrarium sunt ulla juris loca, veluti, §. *pen. Instit. quib. mod. test. infirm. l. sancimus* 27. *C. de testamentis*, *l. militis* 36. §. *veteranus* 3. *ff. de testam. milit.* quibus plures moti sententiam diversam amplexi sunt, inter quos Gudelinus *de jure noviss. lib.* 2. *cap.* 6. *in pr.* Johan. Papon. *lib.* 20. *tit.* 1. *art.* 3. Fachineus *controvers. lib.* 4. *cap.* 8. & quatuor supremae Frisiorum Curiae Senatores in Responsa Jurisc. Holl. *par.* 5. *consil.* 16. incipit, *viso testamento*, *pag.* 83. & *seqq.* quod & occurrit in *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 322. (*revera* 222.) *pag.* 585. & *seqq.* eo quod haec & alia similia agunt de voluntate contraria minus solemniter declarata, quam non sufficere, supra dictum est. Unde & ex eo fundamento rectius defendi posset, testatorem, qui in testamento suo coram tabellione & testibus condito heredem instituerat, quem in fine testamenti sua manu propria esset expressurus, & jam expresserat, non posse postea rursus heredis a se scripti nomen inducere, & alterius tanquam instituti nomen privata sua scriptura reponere; nam cum testamentum semel facto testatoris, scripto scilicet heredis nomine, complementum atque perfectionem omnem acceperit, & subsecuta deletio atque nominis alterius suprascriptio hereditatis semel datae ademptionem simulque novam heredis alterius institutionem complectatur; necesse fuit, tabellionem & duos testes isti mutationi, tanquam novum testamentum continenti, intervenire, Resp. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 125.

2. Nudae quoque voluntati non esse comparandam corruptionem, conscissionem, deletionem testamenti, in *t.* 4. dicendum erit.

3. Praecipue vero rumpitur testamentum jure civili per aliud testamentum posterius rite conditum, adeoque vel ex privilegio perfectum, quia ad extremum vitae halitum ambulatoria hominis voluntas est, nec pagano datum fuit pluribus relictis testamentis decedere; sic ut nec revocatione ulla expressa opus fuerit, sed ipso jure prius sponte corruerit, quam primum posterius conditum esset, §. *posteriore* 2. *Inst. quib. mod. test. infirm. l.* 1. *l.* 2. *l. cum in secundo* 16. *ff. h. t.* junct. *l. quaerebatur* 19. *ff. de testam. milit.* Nec interest, utrum testamentum posterius ejusdem an diversi generis sit, cujus prius fuit. Qua ratione nuncupativum prius posteriore scripto, & scriptum prius posteriore nuncupativo rumpitur, arg. §. *ult. Inst. de testam. ordin. l. hac consultissima* 21. §. *per nuncupationem*, 2. *C. de testamentis*, *novell.* 107. *c.* 2. sed & militare per posterius solemne, & solemne prius per militare posterius vel aliud privilegiatum infirmatur, quia privilegiatum aeque ex jure singulari, ac solemne ex jure communi, perfectum est, *l. tunc autem* 2. *ff. h. t. l. militis* 36. §. *ult. ff. de testam. milit.* Idemque dicendum, si testamentum posterius alio in loco conditum plures aut pauciores ex illius loci lege solemnitates habeat, quam quibus prius, ex alterius loci lege conditum, munitum erat. Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 3. *Inst. quib. mod.*

testam. infirm. num. 2. *in pr.* & ibi plures cit. Et quamvis plerisque placuerit antiquioribus juris interpretibus, testamentum privilegiatum patris inter liberos non infirmari, nisi per testamentum solemne posterius sive scriptum sive nuncupativum adhibitis septem testibus pater declaraverit, se nolle, ut prius inter liberos testamentum ratum sit; quasi hoc inter liberos testamentum tacita quadam clausula derogatoria munitum esset, maxime si posterius inter extraneos conditum appareat, arg. *auth. hoc inter C. de testamentis*, Menochius *de præsumtion. lib.* 4. *præsumt.* 166. *n.* 61. 62. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 112. *n.* 13. *in fine*, Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 6. *t.* 2. *n.* 27. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 24. *n.* 17. & in hanc sententiam aliquoties ab Hollandiæ Jurisconsultis responsum sit, *Respons. Jurisc. Holl. par.* 2. *consil.* 16. 50. 127. *q.* 3. & *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 152. magis tamen est, ut hoc privilegiatum patris inter liberos testamentum hac in parte privilegiatum non sit, sed exemplo reliquorum testamentorum infirmetur testamento posteriore, utcunque non continente expressam prioris revocationem. Nec repugnat *d. auth. hoc inter, C. de testamentis*, & *nov.* 107. *c.* 2. cum ipsa novella 107. unde desumta est d. auth. primo quidem requirat perfectam voluntatem sive scriptam sive nuncupatam adhibito septem testium numero, quando non inter liberos tantum, sed & inter extraneos testari vult, adeoque displicet ipsi inter solos liberos disposuisse; sed non vetatur pater alia scriptura privata seu holographo sine ullis testibus aliam, ac a priore diversam, facere inter solos liberos substantiæ suæ distributionem aut unciarum assignationem. *Expressa* autem illa *significatio* coram septem testibus, cujus in novella mentio est, non ad specificam & expressam prioris testamenti privilegiati revocationem pertinet, sed ad id, quod apud testes expresse significare debeat, se velle novum condere testamentum, ut inde testes intelligant, cui rei adhibeantur, & ut videantur specialiter rogati, quod utrumque in solemnibus testamentis, respectu extraneorum condendis, necessarium est juxta *l. qui testamento* 20. §. *pen. l. heredes palam* 21. §. *pen. ff. qui testam. fac. poss.* Jacob. Coren *observ.* 39. vers. *de gedeputeerden*, & vers. *dan' t hof.* Gudelinus *de jure noviss. lib.* 2. *c.* 6. *in med.* Ant. Matthæus *de successsion. disput.* 8. *n.* 14. Struvius *ad Pand. exercit.* 32. *n.* 39. *in fine*, Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 11. *n.* 13. Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 3. *Inst. quib. mod. test. infirm. n.* 2. versu, *censent.* Nec obstat, quod alibi a me traditum, opus esse, ut qui pacta dotalia testamento revocare vult in casibus, quibus id licet (quod ex professo discussum *t. de pactis dotalibus*) expresse atque specifice ea revocet, nec sufficere generalem omnium dispositionum anteriorum revocationem. Nam a pactis infirmandis ad infirmationem aut revocationem testamentorum argumentum non satis recte petitur. Cum enim nihil tam naturale sit, quam unumquodque eo genere dissolvi, quo ligatum est; naturale quoque fuit, testamentum prius infirmari per posterius, aut saltem hodie per generalem dispositionem anteriorum ejusdem generis revocationem; sed cum pacta dotalia a testamentis diversa sint, adeoque testamento revocata non dissolvantur eo modo, quo inita sunt, merito specifica & expressa eorumdem in testamentis revocatio desiderata fuit, ut vires perdant.

4. Non aliter tamen testamentum prius rumpitur per posterius, quam si posterius tale fuerit, ut ex eo *potuerit* heres existere, *l.* 1. *ff. h. t.* §. *posteriore* 2. *Inst. quib. mod. testam. infirm.* Unde si tabulæ posteriores externa quidem solemnitate plena munitæ sint, sed apertæ nihil omnino scriptum contineant, priores adhuc ratæ erunt, *l. si bina* 11. *ff. h. t.* Idemque est, si in posteriore suus heres præteritus sit, *l. si quis eum* 16. §. 1. *ff. de vulg.* & *pupilli substit.* non item, si emancipatus: nam cum, non obstante emancipati præteritione, testamentum summo jure civili nihilominus firmum fuerit, ex solo jure prætorio per bonorum possessionem contra tabulas, infirmandum, satis etiam efficax esse debuit ad testamentum prius enervandum, *l. si duobus* 12. §. 1. *ff. de bonor. possess. contra tab.* eodem modo, quo tabulæ pupillares, quæ pars & sequela sunt paterni testamenti, ac sine eo esse nequeunt, sustinentur adhuc ex paterno testamento velut jure civili valido, licet respectu paterni testamenti bonorum possessio contra tabulas jam obtenta, & ita illud jure prætorio enervatum sit, *l. ex duobus* 34. §. *ult. l.* 35. *ff. de vulg.* & *pupill. substit.* Sed nec prius rumpitur per posterius, si hoc careat heredis institutione; vel institutionem quidem contineat, sed perplexam, quæ exitum invenire nequit, *l. si Titius* 16. *ff. de condit. instit.* aut talem, quæ concepta, fuit sub conditione in præteritum aut præsens tempus collata, & ea defecerit, veluti si *Mævius consul ante annum fuerit*, vel *nunc consul sit*, & is nec consul fuerit, nec nunc sit, *l. cum in secundo* 18. *ff. h. t.* junct. *l. institutio talis* 10. §. 1. *ff. de condit. instit.* Denique prius in suo durabit vigore, ubi posterius, vel ratione solemnitatum deficientium, vel ratione voluntatis inchoatæ, sed non ad finem perductæ, imperfectum est, sic ut neque ex jure communi neque ex privilegio sustineatur, quippe ex quo ne Imperator quidem quicquam capere vult, §. *ex eo autem* 7. & 8. *Inst. quib. mod. test. infirm. l. si jure* 18. *ff. de legat.* 3.

5. Licet autem requiratur, ut ex posteriore hereditas adiri possit, quo prius rumpatur, non tamen & illud exigitur, ut re ipsa adeatur: ac proinde ruptum erit testamentum prius, etiamsi heres in secundo scriptus hereditatem repudiaverit tanquam suspectam, vel etiam adire eandem non potuerit, quia aut ante testatorem mortuus est, aut defecit conditio institutioni in futurum apposita, §. *posteriore* 2. *instit. quib. mod. test. infirm. l. cum in secundo* 18. *ff. h. t.* Cui consequens est, ut & ruptum maneat testamentum prius, semel a posteriore infirmatum, utcunque posterius iterum postea inceperit jure civili aut prætorio infirmatum esse. Atque ita prius solemne ruptum per posterius militare, non convalescet ex eo, quod militare desiit post annum valere, *l. militis* 36. §. *ult. ff. de testam. milit.* arg. *d. l.* 16. *ff. h. t.* Multoque magis id verum erit, ubi ita testamentum posterius ex post facto infirmatur, ut hoc ipso simul hereditas certæ addicatur personæ, in cujus gratiam infirmatio fit: dum posterius agnatione posthumi vel quasi posthumi ruptum apparet, aut adversus illud bonorum possessio contra tabulas impetratur, arg. *l. si duobus* 12. §. 1. *ff. de bonor. possess. contra tab.* Si tamen testator posterius testamentum solemniter revo-

caverit, addita declaratione, quod velit prius valere, aut etiam posterius a se eum in finem incisum protestetur, ut prius subsistat, priorem voluntatem, utcumque ipso jure ruptam, nova quasi voluntate convalescere, & judicio recepto redire, contendunt, arg. *l. pen.* §. *ult. ff. de bonor. possess. secund. tab.* Fachineus *controv. lib.* 5. *c.* 93. Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 1. *num.* 38. *in fine.* Barry *de successión. libr.* 10. *titul.* 1. *num.* 13. *in med.*

6. Sciendum interim, dicta hactenus nonnullas pati exceptiones, dum in jure casus sunt, quibus etiam per testamentum posterius imperfectum prioris perfecti vires pereunt, puta, si in posteriore, quinque tantum testibus munito, scripti sint heredes ab intestato successori, cum in priore extranei vocati essent, *l. hac consultissima* 21. §. *si quis* 3. *C. de testamentis*, aut si testator scriptura posteriore minus solemni declaraverit, heredem in testamento priore scriptum indignum esse, & non mereri suam voluntatem, quatenus indigni illius portio fisco addicitur, *l. hereditas* 4. *C. de his quib. ut indignis.* Simili modo, si in posteriore incapaces scripti sint, adeoque institutio non subsistat, prius hactenus infirmatur ut hereditas iis, qui priore instituti sunt, velut indignis, & voluntatem testatoris non habentibus, auferatur ac fisco cedat, *l. cum quidem* 12. *ff. de his quæ ut indignis.*

7. Sed & ex converso, non desunt quædam factorum species, in quibus testamentum prius, licet ruptum per posterius rite conditum, notabiles nihilominus effectus sortitur, idque vel ex expressa vel ex præsumpta testatoris voluntate. Voluntate quidem expressa, si in posterioribus tabulis heredem institutum testator roget, ut priores tabulæ valeant; tunc enim prius testamentum in vim codicillorum conversum videtur, & omnia in eo scripta, sive legata, sive fideicommissa, sive libertates, sive heredum institutiones, in causa fideicommissi erunt, ac rogatus intelligitur in posteriore vocatus, ut retenta quarta reliquam hereditatem illis restituat, qui testamento priore instituti sunt, §. *sed & si quis* 3. *Instit. quib. mod. test. infirm. l. posthumus* 12. §. 1. *ff. h. t. l. quærebatur* 19. *in fine principii ff. de testam. milit.* Ex præsumta vero voluntate, si testator errore ductus posterius condiderit testamentum, in eoque alios heredes instituerit, cum prioribus scriptos tabulis extinctos crederet, & hoc ipsum in posterioribus expresserit. Errore enim post testatoris obitum detecto, Imperator heredi prioris testamenti subveniendum censuit, eique hereditatem ex primo testamento adire permisit, sed legata aliaque similia posteriore testamento relicta perinde præstari jussit, ac si in posterioribus tabulis ipse fuisset heres scriptus, *l. ult. ff. de hered. instit.* Barry *de successionib. lib.* 10. *tit.* 1. *n.* 13. Extra has autem species nihil eorum, quæ testamento rupto cauta fuerunt, valere aut peti potest, magisque paterfamilias intestatus creditur mortuus esse, *d.* 8. *posteriore* 2. *Inst. quib. mod. testam. infirm.*

8. Cæterum uti jure civili militibus permissum fuit, pluribus relictis testamentis decedere, sic ut & priora & posteriora effectum sortirentur, quatenus nulla eorum pugna erat, *l. quærebatur* 19. *ff. de testamen. milit.* ita quoque moribus hodiernis pluribus testamentis relictis unumquemque mori posse non ambigitur, sic ut in dubio omnia in priore & posteriore voluntate disposita exitum habere debeant, nisi quatenus contraria continent; quippe quorum intuitu suprema voluntas testatoris potior foret, eo modo, quo id jure Romano in pluribus codicillis ab eodem testatore conditis observatum fuit, §. *non tantum* 1. *Instit. de codicillis, l. Divi Severus* 6. §. 1. 2. *l. conficiuntur* 8. §. *ult. ff. de jure codicill. l. cum proponatis* 3. *C. de codicillis*, maxime cum apud nos magna inter testamenta & codicillos differentia sit, secundum ea, quæ in *tit. de codicillis* dicenda erunt. Ut proinde priorum testamentorum apertam fieri in posteriore revocationem necesse sit, si testator nolit, ex alio, quam postremo testamento, quicquam deberi aut ratum esse, Groenewegen *ad* §. 3. *Istit. quib. mod. testam. confirm.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *c.* 11. *num.* 9. Parens p. mem. Paulus Voet *ad d.* §. 3. *Instit. quib. mod. testam. infirm. num.* 2. & *ad* §. *ult. Instit. de codicill. num. ult.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 24. & *part.* 5. *consil.* 42.

9. Quod si duo testamenta eodem tempore condita producantur, nec appareat, utrum prius aut posterius sit, ob incertitudinem neutrum valet ex jure Romano; eo quod utrumque simul valere, & ita duo unius testatoris testamenta esse, jus illud non patitur, ac in utroque honoratis non jus, sed magis probatio deficit, arg. *l. duo sunt* 30. *ff. de testam. tut.* Nec aliud ex jure hodierno respondendum videtur, quoties duo talia testamenta eodem tempore condita non eosdem, sed alios atque alios heredes institutos habent: licet enim nunc duobus pluribusve relictis testamentis decedere quisque possit, non tamen ita, ut simul effectum haberent, quæ in iisdem contraria inveniuntur. Ac proinde, si in una tabula Mævium, in altera Titium institutum proponas, neutram valere necesse est, si non appareat, quæ tempore posterior sit; cum juncta tabulæ utrimque institutio perplexa foret, nec ullum posset exitum invenire, dum Mævius heres esse nequit, si Titius heres sit, arg. *l. si Titius* 16. *ff. de condit. instit. l. scriptura diversa* 14. *C. de fide instrum. l. ubi pugnantia* 188. *ff. de reg. juris.* Diversum esset, si in utraque tabula unus idemque heres scriptus, aliis atque aliis legatis, diversus quidem, sed inter se non repugnantibus oberatus inveniretur, nam cum ea ratione & heredi hereditatem adire liceat, arg. *l. cum, qui duobus* 51. *ff. de acquir. vel amitt. hered.* & utraque dispositio exitum habere per naturam possit, etiam utramque impleri ratio dictat, quamdiu non probatur, noluisse testatorem, ut ex utraque scriptura relictum præstetur. Et sane, si in casu, quod quinquaginta per testamentum Titio legata erant & eidem Titio similia quinquaginta in codicillis, ac quærebatur num testator duplicare legatum voluisset, Celsus definiverit, petitore duas scripturas ostendente, ipsum heredem conventum approbare judici debuisse, alterutram scripturam inanem esse, *l. quinquaginta* 12. *ff. de probation.* ratio non apparet, cur non etiam utraque tabula honorati legatarii, non iidem, sed diversi, exigerent ab herede in utraque instituto, quæ cuique relicta sunt, quamdiu heres, unam ex his inutilem esse, docere nequit. Longeque magis hæc admittenda, si duæ quidem ejusdem temporis scripturæ producantur, sed quarum una institutionem heredis & legata continet, altera vero legata tantum. Cum enim ita non duo testamenta, sed tantum testamen-

tum unum cum codicillo sit, etiam ex ipsius juris civilis fundamentis utraque scriptura impleri debet, valentibus scilicet, & simul cum testamento subsistentibus codicillis, sive ante sive post testamentum a testatore conditis, quatenus nullam continent contradictionem, *d.* §. 1. *Inst. de codicillis d. l.* 6. §. 1. 2. *l.* 8. §. *ult. ff. de jure codicil.* Hugo Grotius *in responsis Jurisc. Holl. par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 152. *num.* 2. 3. 4. *pag.* 434. 435. *& consil.* 157. *num.* 1. Michael Grassus *de success.* §. *codicillus n.* 25. Plane in iis, quæ contradictionem habent, neutri scripturæ stari debet, dum secundum ante monita non tam jus, quam quidem probatio honoratis deest; nisi ex iis ipsis, quæ duobus testamentis contraria continentibus & eodem die conditis comprehensa sunt, erui posset, quodnam tempore prius aut posterius sit. Qua ratione merito placuit, illam scripturam in dubio posteriorem videri, in qua occurrit aliquid, quod sapit revocationem quandam alicujus articuli in altera scriptura expressi; quodve aliquam habet relationem ad id, quod altera scriptura dispositum est. Mantica de *conject. ult. volunt. lib.* 6. *tit.* 4. *num.* 11. Michael Grassus *de succession.* §. *codicillus num.* 31. Cui a nonnullis altera quoque additur exceptio, si scilicet unam scripturam magis commendet personæ vel causæ favor, dum per eam vel pia causa, vel liberi aliique ab intestato successionem sperantes honorati sunt, cum alterius scripturæ dispositio contraria extraneis profutura esset, arg. *l. hac consultissima* 21. §. *pen. C. de testamentis*, *l. cum avus* 102. *ff. de cond. & demonstr.* Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 31. Parens p. m. Paulus Voet *ad* §. 2. *Instit. quib. mod. test. infirm. num.* 2. Neque his omnibus contrarium est, quod ab Ulpiano in *l.* 1. §. *sed etsi* 6. *ff. de bon. poss. sec. tab.* & ex eo a me ad illum titulum scriptum est, si in duobus codicibus simul signatis alius atque alius heres scriptus sit, ex utroque, quasi ex uno, competere bonorum possessionem. Cum utique hic (in *tit. de injusto rupto irrit.*) disputatio sit de casu, quo duo testamenta, singula seorsim, seu separata solemnitate, eodem die fuerunt condita, sic ut singula in se spectata perfectum testamentum constituant; & non apparet, utrum ex his duobus prius, utrum postea conditum sit, nec tamen eo minus verum est alterum altero posterius esse, sic ut non tam jus deficiat, quam quidem probatio, quod nempe testamentum, quo quis institutus est, posterius sit. At in *d. l.* 1. §. 6. agitur *de duobus codicibus simul signatis*, adeoque uno lino simul ligatis, perque testes signatis, & tanquam unum testamentum, quo testator suam contineri voluntatem apud eos declaravit, consideratis. Quo casu, licet duo sint codices, diversorum heredum institutorum nomina habentes, ac diversis forte temporibus conscripti, non tamen duo testamenta sunt; cum testatori permissum sit, diversis temporibus supremam suam exarare voluntatem, &, uti in alia testamenti parte diversos heredes instituere, seu priore in parte institutis, alios in posteriore testamenti parte coheredes adjungere, ita quoque diversis tabulis, postea conjungendis, simulque signandis, juxta facti speciem in *d. l.* 1. §. 6. præsertim, si cogites, diversis scripta temporibus, diversis contenta tabulis, tum demum incipere vim testamenti habere, quando testator coram testibus declarat, hanc suam esse voluntatem, eamque talem signari curat, & reliquis testamentorum solemnibus absolvi, complerique. Quibus consequens est, testatorem etiam in *d. l.* 1. §. 6. rogantem, duos codices simul signari tanquam supremam voluntatem suam, non duo, sed unum tantum condidisse testamentum, duosque eo heredes sibi scripsisse, duobus codicibus simul signatis designatos, & ad suam concursuros hereditatem; neutro institutorum hic valente allegare, se posteriore codice scriptum esse, dum uno lino obligatus simul uterque codex, & momento eodem naturali signatus pro uno tantum testamento haberi potuit, debuitque. Quod & Ulpianus in *d. l.* 1. §. 6. satis aperte significat, asserens, *ex utroque* (codice nempe simul signato) *quasi ex uno competere bonorum possessionem*, addita ratione, *quia pro unis tabulis habendum est, & supremum utrumque accipiendum.*

10. Quia vero secundum leges ambulatoria est hominis voluntas ad extremum vitæ halitum, *l. quod si iterum* 4. *ff. de admin. vel transfer. legatis*, & nemo in suo testamento cavere potest, ne leges in suo testamento locum habeant, *l. nemo potest* 55. *ff. de legat.* 1. ideo revocationem testamenti a jure concessam impedire nequit pactum de non revocanda vel moranda voluntate interpositum, *l. pactum quod dotali* 15. *C. de pactis*, (nisi ex quorundam locorum consuetudine pactis dotalibus tale quid convenerit, de quo ad *tit. de pact. dotal.*) nec Principis præsentia vel auctoritas accedens promissioni de non revocando testamento jam condito, *l. omnium* 19. *C. de testamentis*, arg. *l. nec damnosa* 3. *C. de precibus Imperat. offer.* nec jurisjurandi religio, si forte testatore vel in ipso testamento vel extra testamentum jurato promiserit, se testamentum illud non esse revocaturum; idque non tantum ex jure civili, quod jusjurandum sequitur naturam actus, cui apponitur, *l. non dubium* 5. *C. de legibus*, *l. juris gentium* 7. §. *& generaliter* 16. *ff. de pactis*, sed & canonico, uti latius adstructum in *tit. de jurejurando n.* 6. nec clausula, ut ajunt, *derogatoria* posterioris testamenti cujuscunque condendi, priori testamento inserta; eo quod nemo eam sibi potest legem dicere, ut a priori ei recedere non liceat, *l. si quis in principio* 22. *ff. de leg.* 3. ac proinde, si quis in principio testamenti adscripserit, *cui bis legavero, semel deberi volo*, & postea eodem testamento vel codicillis sciens sæpe eidem legaverit, suprema voluntas potior habetur: *si modo specialiter dixerit, prioris voluntatis sibi pœnituisse, & voluisse, ut legatarius plura legata accipiat*, ut notat Hermogenianus in *d. l.* 22. *ff. de legat.* 3. Et hoc ipsum quoque subaudiendum in iis, quæ a Scævola proponuntur in *l. ult. in pr. ff. de legatis* 2. uti & a Marciano in *l. Div. Severus* 6. §. *licet* 2. *de jure codicill.* cum monet, non obstante eo, quod paterfamilias in confirmatione codicillorum adjecerit, *quod non alios valere velit, quam sua manu signatos & subscriptos*, valere nihilominus factos ab eo codicillos, licet neque ab eo signati, neque manu ejus scripti fuerint; quia ea, quæ postea geruntur, prioribus derogant. Derogant nempe, si modo appareat, testatorem a priore voluisse voluntate recedere. Alioquin, si id expressum non sit, aut saltem ex indiciis manifestis colligi nequeat, eveniet, ut non posteriori, sed præcedens scriptura valeat: nam, ut Pomponius

sit, si ita scripsero, *quod Titio infra legavero, id neque do neque lego*, quod intra legatum erit, non valebit, *l. si mihi & tibi* 12. *§. ult. ff. de legatis* 1. non alia de causa, quam quia ibi non adjectum erat, neque constabat, testatorem prioris voluntatis pœnituisse; quod & ab ipso Pomponio *in d. §. ult. in fine* indigitari puto, dum hujus decisionis suæ rationem a testatoris voluntate deducit: subjungens, *voluntatem* (scilicet priorem adhuc perseverantem & non mutatam) *ergo facere, quod in testamento scriptura* (scilicet prior) *valeat*. Atque ita etiam de eo casu, quo testator non declaraverat, se a priore velle voluntate recedere, accipiendus Ulpianus in *l. si ita adscriptum* 14. *ff. de legatis* 1. Ex hisce vero ita præmissis facilior est definitio quæstionis vulgatæ forensis, an per posterius testamentum derogetur priori, si testator (metuens ne quotidianis flagitationibus, precibus, adulationibus eorum, quibus hereditatem suam relictam non vult, ad id adigatur, ut in eorum utilitatem suprema disponat voluntate) in antecessum conscribat testamentum in gratiam eorum, quos sibi serio successores optat, addatque, se nolle, ut ulla posterior dispositio rata sit, aut præsenti deroget elogio, nisi in qua invenietur inserta certa quæpiam verborum formula, veluti, *arma virumque cano*, aut alia quæcunque arbitrio testatoris concipienda, deinceps autem posterius testamentum ab eo conditum nullam istius formulæ mentionem contineat. Etenim, etsi varie videantur sentire juris interpretes, tamen plerumque opinio eo vergit, firmum habendum esse prius testamentum, quoties in secundo testator nullam omnino prioris testamenti certa quadam formula muniti mentionem fecerit, nec generalem ac vagam priorum testamentorum revocationem sufficere ad id, ut hoc, speciali clausula derogatoria cum formulæ adjectione munitum, vires perderet aut crederetur revocatum. Sed si ex adverso testator in posteriore testamento nominatim professus sit, se antea testamentum cum clausulæ derogatoriæ & formulæ certæ expressione condidisse, nunc autem nolle amplius, ut id ratum sit, posteriorem voluntatem oportere effectum sortiri, priori eversa, etiamsi forte memoria lapsus testator per errorem aliam in posteriore testamento formulam repetierit, quam quæ priore inserta fuit, aut etiam formulam illam sibi excidisse professus sit; præsertim si prius testamentum derogatoriam continens clausulam, clausum & alterius custodiæ commissum fuerit, aut formula prolixa verborum serie contexta sit, aliæque similes concurrant circumstantiæ, adeo ut, si uspiam alibi, hic certe arbitrio judicis providi atque circumspecti æstimari debeat, quæ videantur sufficientia mutatæ serio voluntatis indicia ac argumenta esse, semperque cogitandum sit, clausulam derogatoriam tantum continere significationem voluntatis in futurum, neutiquam vero diminutionem potestatis circa voluntatis mutationem. Nec interest, utrum clausula derogatoria testamento, an codicillis scripta fuerit, sic nec utrum testamenti posterioris an codicilli derogationem complectatur, ut ex legibus supra adductis colligi potest. Confer de hac clausula Anton. Merendam *controvers. lib.* 4. *cap.* 20. Menochium *lib.* 4. *præsumt.* 166. Sande *decis. fris. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 10. Fachinæum *controvers. lib.* 4. *cap.* 92. Cujacium *observat. lib.* 14. *cap.* 7. Gudelinum *de jure noviss. lib.* 2. *cap.* 6. *fere in fine vers. interdum*. Jul. Clarum *§. testamentum quæst.* 99. Michaelem Grassum *de succession. §. testamentum quæst.* 89. Ant. Fabrum *de errorib. pragmat. decad.* 37. *error.* 7. *& seqq.* & *in C. lib.* 6. *tit.* 5. *defin.* 9. 10. 13. 14. 15. Manticam *de conject. ult. volunt. lib.* 6. *tit.* 4. *n.* 9. *& lib.* 1. *tit.* 8. Francisc. Barry. *de succession. lib.* 10. *tit.* 1. *num.* 15. *& seqq. ad num.* 27. Hug. Grotium *manuduct. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 24. *n.* 5. 6. 7. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 11. *n.* 6. *&* 11. Parentem p. mem. Paulum Voet *ad §.* 3. *Instit. quib. mod. test. infirm. n.* 2. *fere in pr.* Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 211. *& par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 41. *& par.* 5. *consil.* 42. 55.

11. Denique nec mutationem testamenti per aliud posterius impedit, quod quis testamentum prius non solus, sed una cum alio in eadem tabula condidit, sive quisque separatim de sua substantia disposuerit, sive uterque simul de massa communi patrimonii communicati disponat. Secus, si ita duo simul testantur, ut quisque non de suis, sed alter de alterius bonis vice quasi mutua, aut uterque de suis simul & conjugis bonis, ex mutuo consensu, supremæ faciat voluntatis testationem, secundum exposita *in tit. de pactis dotal. n.* 63. Quo & reducendum, si conjuges, una tabula testantes, simul legata nonnulla certis relinquant personis ex communi massa patrimonii solvenda, sine distinctione, an ex viri, an ex uxoris, aut ex neutrius cognatione sint, ac deinceps singuli separatim de sua parte, quam quisque in massa communi habet, disponant, cum in istis ita communiter legatis, ad oppositionem separatim relictorum, non possit non videri alter de alterius quoque bonis testatus fuisse ex consensu ejus: ut proinde hæc ipsa legata per conjugis unius obitum ita firmata videantur, ne superstitis voluntate in totum aut pro parte revocari queant, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 275. Plane, superstitem defuncti conjugis testamentum eadem tabula conditum revocare non posse, extra dubium est, Jacob. Coren *observat.* 12. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 53. Ultrajecti quoque si conjuges sibi invicem reciprocum bonorum suorum usumfructum reliquerint, alterum altero invito id mutare non posse, tradit Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 4. *nu.* 5. *pag.* 302. 303. Parens p. mem. Paulus Voet *ad §.* 13. *Inst. de test. ordin.* n. 5. Sed cum plurimæ testamentis insertæ verborum rerumque circumstantiæ notabilem sæpe decisionis diversitatem producere possint in hac quæstione, an testamentum per duos una tabula conditum, post mortem unius ab altero, & quo usque, revocari possit; cum iis, quæ & hic, & in *tit. de pact. dot. num.* 63. a me scripta sunt, conferendi omnino Jac. Coren *observ.* 11. *n.* 39. & 40. *& observ.* 12. Dekherus *lib.* 1. *dissert.* 1. *n.* 4. *& seqq.* Nicol. Everhardus *consil.* 60. Christinæus *vol.* 6. *decis.* 58. *num.* 6. D. Joh. a Someren *de jure noverc. cap.* 9. *nu. ult.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 15. 16. *& cap.* 11. *num.* 7. Carpzovius *defin. for. par.* 3. *constit.* 2. *defin.* 11. 12. 13. Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 7. *num.* 16. 17. 18. Parens p. mem. Paulus Voet *ad §.* 3. *Instit. quib. mod. test. infirm. num.* 1. *in fine*, & *ad §.* 13. *Instit. de testam. ordin. n.* 5. Responsa

Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 251. *&* *par.* 2. *consil.* 71. *pag.* 120. *& consil.* 311. *quaest.* 1. *& part.* 4. *consil.* 160. 161. 184. 185. 186. 187. 192. 193. 194.

12. Irritum proprie dicitur testamentum cum testator maximam, mediam, vel minimam patitur capitis diminutionem, atque ita activam testamenti factionem habere desinit ex status mutatione, §. *alio autem* 4. *Instit. quib. mod. testam. infirm. l. si quis* 6. §. *irritum* 5. *ff. h. t.* Et quamvis hodie apud nos & plerosque alios nulla capitis diminutio testamenti semel recte conditi vires perimat; tamen si quis habitans in loco, in quo minor annorum numerus in testatore requiritur, veluti in Hollandia, ibidem anno decimo quinto testamentum fecerit, deinde vero domicilium alio transtulerit, ubi necdum per aetatem testari licet, veluti Ultrajectum, ubi plena pubertas in masculo testatore exigitur, testamentum ejus quantum ad mobilia per talem migrationem irritum efficitur. Idemque eveniet, si Hollandus uxorem heredem instituerit (quod ibi licitum), deinde vero ad aliam migret regionem, ibique domicilium figat, ubi gratificatio inter conjuges ne supremo quidem elogio permissa est; nam & hoc in casu mobilium intuitu in irritum deducitur voluntas ejus, cum mobilia in successione testata vel intestata regantur ex lege domicilii defuncti, adeoque res devenerit in hisce ad eum casum, a quo propter qualitatem testatoris, vel honorati, initium habere nequit. Neque enim sufficit in honorato, quod tempore facti testamenti capax sit, sed & tempore mortis testatoris eum capacem esse, necesse est, §. *in extraneis* 4. *Instit. de hered. qualit. & differentia.* Et quod attinet aetatem in testatore requisitam, illa utique testatoris qualitatem concernit, quam a jure habet, adeoque illa testandi habilitas aut inhabilitas, quae ex aetate est, proxime accedit ad illam, quae ex eo est, quod quis vel paterfamilias vel filiusfamilias sit; ac proinde, uti testator paterfamilias sibi imputare debet, quod sese alteri adrogandum dederit, & sic sese exuerit testandi facultate; ita quoque, qui ex Hollandia domicilium transfert ad eum locum, in quo per aetatem necdum testari potest. Confer Carpzovium *defin. for. par.* 2. *const.* 14. *defin.* 3. Frustra dissentiente Peckio *de testamentis conjug. lib.* 4. *cap.* 37. Quod enim ait, non esse novum, ut ea, quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium habere nequeunt, *l. in ambiguis* 85. §. 1. *ff. de reg. juris*, §. *ex contrario* 14. *Inst. de legatis*, in casibus quidem in jure expressis verum, adeoque novum non est, talia valere; sed regula non est formanda, quod ea, quae initium bonum habuerunt, deberent rata manere etiam, cum ad eum casum res est deducta, ut inde inchoari, non posset; & in specie id admittendum non esse, cum honoratus amittit vivo testatore testamenti factionem, aut testator patitur capitis diminutionem, jam supra probatum est. Perperam quoque a testamento secundum prioris domicilii solemnia condito, & post migrationem ad locum plures solemnitates desiderantem adhuc rato, argumentum ducitur: cum quaestio de habilitate testandi, aut ex testamento capiendi, ad solemnia haudquaquam pertineat, & sic a disparatis illatio nulla sit, nisi simul contendere velis, Ultrajectinum annorum quindecim, casu fortuito in Hollandia repertum, de suis mobilibus ibidem testari posse ex lege Hollandica, quia Ultrajectinus ad testandum per aetatem habilis, & in Hollandia existens, solemnitate Hollandica suam potest ordinare supremam voluntatem, etiam post reditum in patriam substituram, quod quam sit a juris hodierni usu alienum, in aperto est ex iis, quae dicta in *t. qui testam. fac. poss. num. ult.* Denique nec ratio stringit, ab eo petita, quod per furorem aut amentiam aut prodigalitatem supervenientem non infirmantur testamento furore vel prodigalitate vetustiora, §. 1. *Inst. quib. non est permiss. fac. test. l. is, cui lege* 18. *ff. qui testam. fac. poss.* cum amentia & furor ac comparata furori prodigalitas superveniens testamentum ante conditum non interrumpat, ne afflicto, qui non sua voluntate sed infortunio incepit inhabilis esse ad testandum, addatur afflictio: at unusquisque per domicilii translationem inhabilis effectus, inhabilitatem illam sibi libero suo conciliavit arbitrio, ut paterfamilias sese adrogandum dans. Ne dicam absurdum fore, ut magistratus Ultrajectinus mobilium intuitu ratum haberet testamentum ejus, qui per domicilii translationem recens advena est, dum inutilia jubet esse testamenta eorum, quos in sua regione natos perpetuo suae habuit jurisdictioni subjectos, Confers *t. de minor.* 25. *annis n.* 10.

13. Quod si is, cujus testamentum migratione ex Hollandia ad regionem Ultrajectinam irritum factum fuerat, ibidem aetatem expleverit in testatore requisitam, de novo quidem repetere solemniter potest priorem voluntatem, atque ita de novo testari; sed si id non fecerit, testamentum antea anno aetatis decimo quinto in Hollandia conditum ipso jure quantum ad mobilia vel immobilia Ultrajectina nequaquam convalescit; non magis, quam jure civili aut praetorio testamentum ab impubere conditum, si is pubes factus in fata concedat, §. 1. *Inst. quib. non est permiss. fac. testam. l.* 1. §. *exigit* 8. *ff. de bonor. secund. tab.* Diversum esset, si testator talis iterum postea mutata mente in Hollandia rerum ac fortunarum suarum sedem reponat; tunc enim voluntas illa, quae migratione in irritum deducta fuerat, quasi recuperata pristina ad testandum habilitate redintegratur ex aequitate; eo modo quo sustinetur jure praetorio testamentum a patrefamilias conditum, quod per arrogationem irritum factum fuerat, si is iterum postea sui juris factus in eadem perstiterit voluntate, §. *non tamen* 6. *Inst. quib. mod. testam. infirm. l. pen.* §. *ult. ff. de bonor. poss. secund. tabulas.* Sicut & rata iterum esse incipiet in mobilibus dispositio, quantum ad conjugem a conjuge institutum, ut dicetur *t. de hered. inst.*

14. Sunt & alii modi, quibus testamenta irrita fiunt, puta, si hereditas ex iis haud adeatur, dum institutus aut non vult, aut non potest heres esse, *leg.* 1. *ff. h. t.* Quo tamen casu ex jure novissimo legata videntur legatariis salva esse, si ob defectum instituti heredis ad legitimos hereditas devolvatur, *novell.* 1. *cap.* 1. 2. Quod & moribus nostris conveniens est, propter clausulam codicillarem testamentis addi solitam. Sande *decis. frisic. lib.* 4. *t.* 4. *defin.* 10. *in fine*, Leeuwen *cent. for. par.* 1. *lib.* 5. *c.* 2. *num.* 3. *& d. libr.* 3. *cap.* 10. *num. ult. vers. hereditate*, Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 1. *Inst. quib. mod. testam. infirm. numer.* 5. Adhuc irritum

ex jure Romano fiebat testamentum, cum Testator ad ultimum damnabatur supplicium; sed reviviscebat, si iterum per indulgentiam Principis plenissime restitueretur, *l. si quis filio* 6. §. *pen. ff. b. t.* de quo pluribus actum ex jure civili & moribus in *t. qui testam. fac. poss. num.* 39. & 40. Et quod attinet eos, qui sibi ipsis mortem consciverunt, si quidem id egerint ex tædio vitæ, aut doloris impatientia, aut ex jactantia, ut quidam Philosophi, testamenta eorum firma manent; cum eo casu ab insania id proficiscatur, ac furor aut amentia superveniens neque testamentum neque ullum aliud negotium recte gestum perimat; sin sceleris conscientia, infirmantur; *l. si quis, filio* 6. §. *ejus, qui* 7. *in med. ff. b. l. si is, qui* 2. *C. qui testam. fac. poss.* junct. §. 1. *in fin. Inst. quib. non est permiss. facere testam.* Menochius *de arbitr. jud. lib.* 2. *casu* 284. *numer.* 16. Carpzovius *defin. forens. par.* 3. *const.* 6. *defin.* 13. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 3. *num.* 7. *in fine*. Sed de his, qui id agunt conscientia sceleris, plura ad *t. de bonis eor. qui ante sent. mort. sibi consciver.*

TITULUS IV.

De his, quæ in testamento delentur, inducuntur, vel inscribuntur.

SUMMARIA.

1. *Quid sint deleta, inducta, & superscripta? Quid juris, si tabula testamenti consulto deleta, incisa, corrupta sint? Quid, si id contigerit in nostratibus testamentis clausis? Quid si ex pluribus exemplaribus unum consulto deletum sit? Quid, si tantum exemplum deletum aut incisum sit? Quid, si exemplum testamenti ex protocollo notarii descriptum consulto incidatur, comburatur?*
2. *Quid juris, si testamentum inconsulto per furorem aut aliter a testatore, vel a tertio deletum aut incisum sit? Quid, si mures tabulas aut linum roserint &c.*
3. *Quid juris, si pars testamenti deleta sit, tam circa deleta, tum circa non deleta, per distinctiones explicatur. Si sola sint inducta heredum nomina, an adhuc debeantur legata? Cui cedat hereditas, deletis heredum nominibus? An substituto, si instituti nomen deletum sit? quid, si unius tantum heredis nomen deletum sit, vel omnium quidem, sed addito, quod testator unum, tantum heredem offensum habebat?*
4. *Quando & ex quib. circumstantiis testamentum præsumatur consulto vel inconsulto deletum aut incisum esse?*

1. IN testamentis *deleta* dicuntur proprie, quæ lituris corrupta sunt: *inducta*, quæ cancellis: *inscripta*, quæ aliis literis: *superscripta*, quæ in locum deletorum substituta, auctore Cujacio *in paratitl. ff. b. t.* Deletioni vero similis est incisio, corruptio, combustio, confractio tabularum testamenti. Delentur aut inciduntur tabulæ vel consulto vel inconsulto. Si conscisio aut corruptio aut signorum turbatio aut deletio consulto facta sit, sive a testatore, sive ab alio ejus nomine, testamentum pro rupto habetur, nec quicquam inde peti potest, *l.* 1. §. *sed consulto* 3. *l. pen. in pr. ff. b. t. l.* 1. §. *pen. l. pen.* §. *ult. ff. de bonor. possess. secund. tabulas, l. ad testium.* 22. §. *si signa* 3. *ff. qui testam. fac. poss. l.* 1. §. *pen. ff. si tabulæ testam. nullæ extabunt, l. si unus* 12. *l. pen. C. de testamentis*, quod & ad nostratia testamenta clausa merito transtuleris, quippe quæ scriptis Romanorum testamentis similia sunt, nec nuncupativis sed scriptis voluntatibus accenseri debent, ut dictum *t. qui testam. fac. poss. num.* 26. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 24. *num.* 14. Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 1. *in fine*, Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 11. *num. ult.* Si tamen plures ejusdem argumenti tabulæ sint, singulæ plena munitæ solemnitate, ac unam ex hisce testator deleverit aut inciderit, testamentum non constituitur irritum, præsertim, cum ex cæteris tabulis non incisis res gesta declaretur; nisi heredes, qui ab intestato venire desiderant, approbaverint, ea mente tabulam unam a testatore incisam esse, ut intestatus moreretur, *l. ult. ff. b. t.* vel heredes priore testamento per posterius jam rupto instituti docere possint, testatorem ideo unam voluntatis postremæ tabulam incidisse, ut prius testamentum supremum relinqueret, *l. pen.* §. *ult. ff. de bonor. poss. secund. tab.* sed &, si testator non testamentum, sed tantum exemplum ejus, solemnitate non munitum, consulto deleat aut corrumpat, adiri adhuc hereditas, aut secundum tabulas bonorum possessio peti potest, arg. *l.* 1. §. *sed si unum* 7. *ff. de bonor. posses. secund. tabulas.* Qua ratione, si testamentum coram tabellione & testibus solemniter conditum sit, & testator exemplum ejus more solito a tabellione ex memoriali scriptura, seu *protocollo*, descriptum inciderit, deleverit, aut cancellaverit, illæso manente exemplari apud tabellionem asservato, nihil omnino validitati testamenti ex tali testatoris facto decessisse videtur, Ant. Faber *Cod. lib.* 6. *t.* 5. *defin.* 30. Zoesius *ad t. ff. de injust. rupt. irrit. test. n.* 15. Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 1. *in fine* Groenewegen *ad Grotii manuduct. lib.* 2. *cap.* 24. *n.* 14. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 11. *num. ult.* Resp. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 156. & *par.* 4. *consil.* 20. *in pr.*

2. Quod si conscissio aut corruptio testamenti a tertio sine testatoris voluntate, vel ab ipso testatore, sed mente capto vel in furorem acto, vel aliter incaute facta sit, non ideo minus ex eo adiri posse hereditatem, responsum est *l.* 1. §. 1. 2. 3. *ff. b. t. l. ult. ff. de injust. rupt. irrito facto, l.* 1. §. *pen. ff. de bonor. poss. secund. tab.* Idemque est, si rosæ sint a muribus tabulæ, vel linum aliter ruptum, vel vetustate putrefactum, vel situ, vel casu; maxime si proponas, vel unum linum tenere, si ter forte vel quater linum esset circumductum, *d. l.* 1. §. *ult. ff. de bonor. poss. secund. tabulas*, si modo, non obstante incisione aut corruptione inconsulto facta, de testatoris voluntate constare possit.

3. Hæc ita, si totum testamentum deletum sit. Quod si pars tantum testamenti deleta appareat, valet, quod remansit; ipsa deleta, si quidem consulto, non valent secundum ante dicta; sin inconsulto, legi tamen adhuc possint, effectum habent; si vero legi nequeant, non aliter debentur, quam si post conditum testamentum deleta fuerint, & aliunde probationem habeant: nam si ante consummationem te-

stamenti deleta sint, est, quod sibi testator imputet, quod non alia reposuerint in locum deletorum, *l.* 1. §. 1. 2. 3. *ff. h. t.* Et in eo differt testamentum a codicillis, quod in codicillis deleta haud debeantur, etiamsi legi possint, *l.* 1. §. *ult. ff. h. t.* nisi forte paragraphus in deletione consulto facta videatur accipiendus. Quod si sola heredum nomina a testatore inducta fuerint, ad legata & libertates adhuc ex æquitate & interpretatione benigniore actio superest, *l.* 2. *in fine*, *l. pen. ff. h. t.* maxime si clausula codicillaris addita sit, Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 2. idque vel adversus fiscum, si testator induxerit heredum nomina indignitatis causa; eo quod tunc fiscus in locum ejus, qui a testatore indignus fuit declaratus, succedit, *d. l. pen. ff. h. t.* junct. *l. hereditas* 4. *C. de his quib. ut indignis*, *l. cum quidam* 12. *ff. eod. t.* vel adversus heredes ab intestato, si testator heredum nomina deleverit, non ex indignatione, sed ex alia qua causa, quippe quo casu non fisco, sed ab intestato venientibus locus fit, (sicut nostris moribus etiam tunc, cum hereditas scriptis aufertur tanquam indignis, ut dicetur *t. de his quib. ut indignis*,) qui tamen, si probare potuerint, testatorem ideo induxisse heredum nomina, ut in universum intestatus moreretur, a legatorum præstatione immunes forent, arg. *d. l. pen. ff. h. t.* Plane adversus substitutum nulla legatariis pro legatis consequendis actio competit, ubi omnia institutorum nomina deleta sunt; eo quod is nunquam in instituti deleti locum succedit, sed etiam pro deleto habetur, licet ejus nomen integrum appareat. Quod Ulpianus voluit, cum in *l. cancellaverat* 2. *in med. ff. h. t.* ait: *Sed si instituti nomen induxit, & substituti reliquit*, substitutus *emolumentum hereditatis non habebit*, sic enim legendum, non *institutus*, uti vulgo legitur, repugnante sensu legis, ut post Cujacium monet Gothofredus *in not. ad d. l.* 2 & Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 5. eoque facit *l. si sequens* 15. *pr. ff. de Senatusc. Silan.* Sed & si, cum plures essent instituti, unius tantum heredis nomen inductum sit, cæteris scriptis salvum est ex eo testamento succedendi jus, *l. cancellaverat* 2. *ff. h. t.* Quin imo, si testator heredum omnium nomina deleverit, sed adscripserit, se id ideo egisse, quia unum heredem offensum habebat; cæteris institutis aut legatariis deletio nocitura in dubio non est; sic ut afferenti, testatorem talia adscribentem cæteris quoque voluisse ademtam successionis & legati spem, probatio ejus imponenda sit, *d. l.* 2. *in fine ff. h. t.*

4. An autem consulto an inconsulto ac præter testatoris voluntatem deletio, incisio, similiaque contigerint, non juris sed facti quæstio est; in qua deficientibus aliis probationibus ad indicia recurrendum, quæ fere talia sunt, ut, si de facto ipsius testatoris, constat, consulto tabularum incisio vel inductio aut cancellatio facta credatur, donec contrarium probatum fuerit, quæ & ratio est, quod pluribus in legibus simpliciter asseritur, a testatore deleta haud valere, lino per testatorem inciso, signis turbatis, testamentum non videri signatum, *l. ad testium* 22. §. *si signa* 3. *ff. qui testam. fac. poss. l. pen. in med. C. de testamentis*, *l.* 1. §. *pen. ff. de bonor. possess. secund. tabulas l. ult. in fine ff. h. t.* sin de facto testatoris haud quidem liqueat, sed testamentum tamen scriptum domi testatoris, & in arca conclusum, reperiatur deletum aut incisum, etiam tunc ex voluntate testatoris id factum præsumatur; si vero penes tertium, inconsulto. Sichardus & Brunnemannus ad *d. l. pen. C. de testamentis*, Mascardus *de probat. conclus.* 256. Struvius *ad Pand. exercit.* 32. *n.* 51.

TITULUS V.

De heredibus instituendis.

SUMMARIA.

1. *Paucissimis verbis institutio fieri potest. Qui possint heredes institui? ubi & de servis propriis, alienis, communibus, fructuariis a fructuario vel proprietario institutis, & effectu talis institutionis.*
2. *An institui possint heredes ignoti testatori? An jure veteri & novo civitates? An tunc viritim capiant cives? An collegia, ecclesiæ, pauperes, monasteria, Deus, &c.? Si sacerdos templi instituatur, an sacerdoti, an templo hereditas cedat?*
3. *An moribus hodiernis ecclesia, monasteria? An monachi? moniales? & quid si ab intestato proximis persona tales succedere debeant? An collegia sectariorum, veluti anabaptistarum & similium?*
4. *An apud nos orphanotrophia, gerontocomia, pauperes, licet ad id licentia a Principe impetrata non sit? Si Christo vel ecclesiæ hereditas relinquatur, pauperibus apud nos cedit. Pauperibus relicta quibus & cujus loci pauperibus acquirantur?*
5. *An jure civili & moribus institui possint haeretici, apostatæ, sectarii, peregrini, banniti, transfugæ, mulieres intra annum luctus nubentes, improbi & intestabiles?*
6. *Recensentur, qui ex quorundam testamentis aut nihil aut omnia capere possunt. Ubi inter alia, an & quantum capiant ex testamento parentum liberi ex damnato complexu nati? Aut secunda uxor ex bonis binubi mariti habentis liberos prioris thori? An vidua instituere possit eum, cui intra annum luctus nupsit? An adulter adulteram, incestuosus eam, quam incestu polluit, & vice versa? An concubinam is, qui eam alit, tum jure civili, tum moribus?*
7. *An is, qui cum minore nuptias contraxit sine consensu parentum minoris, institui a minore possit? An Ultrajecti & vicinis in locis conjux conjugem recte instituat? & quid hac in parte Ultrajecti recentissime anno 1700. mutatum sit.*
8. *An minores immobilia relinquere possint tutoribus aut suis curatoribus, aut administratoribus, aut eorum uxoribus, aut liberis, aut concubinis suis? Si tutores simul sint proximi heredes ab intestato, an, & quo usque tunc relicta valeant? An minor possit instituere suum patrem simulque tutores plus capere possint ex testamento minorum, quam iis ab intestato debetur.*
9. *An minores mobilia his personis relinquere possint?*
10. *An curatores bonorarii possint institui? An præceptores, pædagogi, ephori, magistri tyrocinii, durante institutione aut tyrocinio? An curator ad*

unum actum minori datus? An qui sponte res quasdam minorum gerunt? An praefectus militaris a suo milite minore?

11. An non recte tutoribus, praeceptoribus &c. relinquatur, finita cura, institutione, aut tyrocinio? An minor instituere possit tutorem suum a tutela jam excusatum, aut tutoris jam mortui uxorem vel liberos? & quid si minor per nuptias aut veniam aetatis coeperit jam pro majore haberi? An sufficiat finitam esse curam, licet rationes necdum reddita sint?

12. Posthumi sui & extranei institui possunt. Institutis liberis nascituris fratrum aut cognatorum adhuc caelibum, an & vocati censeantur, qui post mortem testatoris quocunque tempore concipientur? Et quas partes videantur habere jam nati, quamdiu adhuc alii nasci possunt? An non heredes ab intestato, qui per posthumos institutos excludendi sunt, petere possint, sibi hereditatem committi, donec posthumi nati fuerint?

13. Si quis habens fratres quosdam, & fratrum liberos, generaliter fratrum liberos instituerit, an tunc etiam censeatur instituisse illos fratrum liberos, qui demum post mortem testatoris concipientur & nascentur?

14. Qui generaliter testamento uxorem instituit, an tantum primam censeatur instituisse, an secundam aut tertiam, si & secunda supervixerit?

15. An testator possit in testamento scripto heredes instituere per relationem ad aliam scripturam adhuc scribendam? & quid, si talis scriptura postea non sit confecta? An & possit heredes instituere per relationem ad certum statutum, veluti instituendos eos, qui ex jure Scabinico succedere debent?

16. Si testator instituerit vel substituerit heredes legitimos, seu heredes sibi ab intestato succedentes, an vocati censeantur, quos lex domicilii testatoris vocat ab intestato; an vero ad immobilia varie venire debeant propinqui secundum leges locorum singulorum, in quibus immobilia sita sunt?

17. Qui, & pro qua parte videantur instituti, quando testator fratrum & sororum filios ac nepotes, heredes legitimos, ex aequis partibus instituit? Et quid, si omiserit in superiore formula heredes legitimos? Quid, si instituti vel substituti sint liberi legitimi, & ex statuto tantum succedant liberi primi thori? Quid, si instituti sint fratres & tantum succedant ex statuto germani exclusis consanguineis?

18. Si testator instituerit illos, qui ipsi debent succedere, cum pacto dotali parentum testatoris certus ordo succedendi definitus esset in casum, quo liberi nascituri morerentur intestati, an tunc instituti censeantur, qui ex pacto dotali, an qui ex statuto domicilii deberent succedere?

19. Si testator instituerit vel substituerit proximos (syne maeste vrienden) absque adjectione illa, sibi ab intestato succedentes, qui tunc intelligantur vocati? remiss.

20. Si quis instituat fratres & eorum liberos, aut totam cognationem suam, non simul, sed ordine successivo veniunt secundum gradum dilectionis & successionis intestatae.

21. Quot & quibus temporibus instituti debeant habere passivam testamenti factionem? An cum minor curatorem aut similes instituit, convalescat institutio, si major factus, aut aliter a potestate instituti liberatus moriatur? Quid si maritus Ultrajectinus uxori mobilia contra statutum reliquerit, & postea cum uxore domicilium transferat in Hollandiam, ubi id licet, & sic moriatur? Quid, si institutus sit ille, qui tempore institutionis apud hostes sua voluntate commorabatur, & postea vivo testatore in patriam rediit?

22. Medio tempore inter factum testamentum & mortem testatoris vel existentiam conditionis, institutum caruisse testamenti factione, non nocet. Quid, si Hollandus uxori relinquat mobilia, dein Ultrajectum migret, ubi id non licet, ac tandem ante mortem reducat domicilium in Hollandiam? Quid juris, si incapax instituatur sub conditione, cum capere poterit?

23. Quae partes institutis ex hereditate cedant, si vel unicus ex re certa scriptus sit; vel unus ex re certa, alter sine re; vel omnes ex rei certae dispari quantitate; vel unus rerum Italicarum, alter provincialium; unus paternorum, alter maternorum? Et quid veniat appellatione rerum Italicarum, maxime in negotiatore Italico, qui merces aut pecunias in Provinciis habet?

24. Quid juris, si omnes sine rei aut partis hereditariae assignatione instituti sint, uniformi vel difformi oratione una aut pluribus, nomine proprio, aut nomine collectivo, veluti fratres & fratris liberi, uxor & cognati, cognati mariti & uxoris &c.

25. Quid juris, si omnibus institutis partes datae sint vel quibusdam partes datae & alii sine parte scripti? Ubi & quando ad dupondium aut tripondium recurri debeat, & quae ea occasione dubia sunt.

26. In quibus legibus formulae variae ambiguae institutionum explicentur? Quid moribus hodiernis obtineat circa casus plures in tribus numeris superioribus propositos; dum nunc quisque pro parte testatus & intestatus mori potest.

27. Inutilis est institutio perplexa, aut facta cum talis heredis designatione, quae contumeliae causa addi solet. Valet tamen institutio cum elogio & objurgatione.

28. Inutiles sunt institutiones captatoriae. Quae tales sint, quae non?

29. An heredis institutio valeat, quae expresse vel tacite in arbitrium tertii collata est?

1. PRaecipuum caput & fundamentum testamenti, quo illud a codicillis distat, aut, si malis, praecipua solemnitas interna, est heredis institutio, *l. quod per manus* 10. *l. illud* 13. §. *tractari* 1. *ff. de jure codicill.* seu designatio successoris in universum jus defuncti, *l. nihil est aliud* 24. *ff. de verb. signif. l. hereditas* 62. *ff. de reg. juris*, quae etiam verbis paucissimis fieri potest, veluti *Titius heres est*, vel *Titius esto*, vel *Titius heres* *l.* 1. §. 3. 5. & *seqq. ff. h. t. errore* 7. *Cod. de testamentis*, nec dubitatum, ita recte heredem nuncupari posse, *hic mihi heres esto*, cum est coram, qui ostenditur, *l. nemo dubitat* 58. *ff. h. t.* Possunt autem institui omnes, qui pas-

sivam habent testamenti factionem, seu ex testamento capere possunt, licet ipsi nequeant testamenta facere, quales sunt muti & surdi, furiosi, prodigi, mente capti, impuberes, filiifamilias, servi sive proprii sive communes sive alieni aut etiam hereditarii; adeo ut alieni quidem hereditatem acquirant domino capaci, si in ejus manserint potestate; novo domino, si alienati; sibi ipsis, si manumissi sint; hereditarii heredi futuro, proprii vero sibi, si vel a vivo domino manumissi sint, vel ad mortem domini manserint in potestate ejus, *pr. & §. 1. 2. 3. Inst. h. t. §. in extraneis 4. in fine Inst. de hered. qualit. & differ. l. 1. §. mutus 2. l. servus alienus 3. l. si servus 7. & passim, ff. h. t.* Adde DD. *ad t. Cod. de necessar. servis hered. inst. vel substit.* Meyerum *collegio Argentor. ad Pand. h. t. num.* 18. Quod si servus communis ab uno dominorum heres instituatur, si quidem cum libertate, liber simul & heres sit, sibique acquirit hereditatem, restituto reliquis dominis pro rata sui ipsius pretio; sin sine libertate, reliquis dominis aditionem jubentibus hereditatem acquirit, ipse servus manet, *l. 1. C. de communi servo manumisso*, junct. *l. verum est* 63. *§. si servo* 9. *ff. pro socio §. ult. Inst. de donation.* Et quid juris sit in servo fructuario, qui per fructuarium aut proprietarium heres scriptus est, definitam in *l. 1. C. communia de manumission.*

2. Nec interest, utrum illi, qui instituuntur, noti fuerint testatori an ignoti, si modo ex sanguinis aut affinitatis vinculo aliisque qualitatibus, quibus ab alio distinguuntur, a testatore designati sint, *§. ult. Inst. h. t. l. extraneum* 11. *C. h. t.* arg. *§. non esse* 10. *Inst. de excus. tut.* Uti nec, utrum privati sint, aut singulares homines, an vero hominum universitates: qua ratione recte instituuntur aut legato honorantur civitates, secundum jus recentius; nam cum olim neque legato neque institutione honorari possent, postea inductum fuit, ut a liberis suis recte instituentur, atque etiam ad fideicommissarias admitterentur hereditates, uti & ad legata; tandemque obtinuit, ut & directas ex institutione capere possent hereditates, Ulpianus *in fragm. t.* 22. *§.* 4. 5. *l. omnibus* 26. *ff. ad Senatusc. Trebell. l. cum senatus* 20. *ff. de reb. dubiis, l. 1. §. ad municipium* 5. *ff. ad leg. Falcid. l. hereditatis* 12. *h. t.* Ut tamen non singuli cives viritim hereditatis delatæ, aut legati partem capiant, sed ea in communes civitatis usus cedat, arg. *l. sicut mancipium* 7. *§. 1. ff. quod cujusque universit. nomine*, junct. *l. civibus* 2. *ff. de rebus dubiis.* Nec adversatur *d. l. omnibus* 26. *in fine ff. ad Senatusc. Trebell.* quod enim illic dicitur, *municipes admitti ad actiones hereditarias*, non alio pertinet, quam ut significetur, municipii nomine municipes exercere actiones hereditarias, idque per suos syndicos seu actores, secundum ea quæ traduntur in *t. quod cujusque universit. nomine.* Quæ autem de civitate dicta, etiam ad collegia licita & privilegiata pertinent, arg. *l. collegium* 8. *C. h. t. l. civitatibus legari* 122. *ff. de legatis* 1. ac nominatim ad concilia aliosque sacros Christianorum conventus, ex Constantini constitutione, *l. 1. C. de sacros. eccles.* Et quamvis Deo relinqui quid potuisse Paulus auctor sit, *l. 1. §. ad municipium* 5. *ff. ad l. Falcid.* non tamen promiscue omnes Romanorum gentilium Deos Deasve, sed potius eos solos, qui Senatusconsulto aut Principum constitutionibus expressi erant, institui potuisse, ex Ulpiano, eosdem recensente, apparet *in fragmentis t.* 22. *§.* 6. Verum sub Christianis Imperatoribus ecclesiæ vel martyrio, vel clero, vel monachio, pauperibus, vel Christo, vel Angelo, vel Prophetæ, vel xenodochio, vel nosocomio, vel brephotophio, aliisque similibus iis causis hereditas aut legatum jure relinqui potuit, *l. generali* 13. *l.* 15. *l. ult. C. de sacros. ecclesiis, l. id, quod pauperibus* 24. *l. nulli licere* 28. *l. si quis ad* 49. *pr. & §. 1. & seqq. Cod. de episc. & cleric. novell.* 131. *cap. si quis in* 9. 10. 11. Quod si sacerdoti vel hyerophylacio alicujus templi hereditas relicta sit, non personæ sed templo relicta creditur, *l. annua* 20. *§. 1. ff. de annuis legatis*, nisi circumstantiæ præsumtionem inducant, hanc fuisse mentem testatoris, ut sacerdos sibi ipsi jure proprio hereditatem acquirat; quod tum ex aliis, tum præcipue inde colligitur, si institutio sacerdotis a cognato ejus aut gentile facta sit, Menochius *de præsumtion. lib. 4. præsumt.* 112. Alciatus *ad l. 1. C. de sacros. eccles. n.* 8. & *de præsumt. regula 1. præsumt.* 18. *n.* 1. Tiraquellus *ad l. si unquam C. de revoc. donat.* verbo, *donatione largitus n.* 74. *in fine*, Wissenbach *ad Pand. vol. 1. disp.* 56. *n.* 5. Brunnemannus *ad d. l.* 20. *in fin. ff. de annuis legat.* dissent. Mantica *de conject. ult. vol. lib.* 8. *t.* 8. *num.* 22. 23.

3. Plane hodiernis moribus immobilia ecclesiis aut monasteriis relinqui nequeunt nisi a Principe impetrata sit amortisatio, (de qua libellus est peculiaris Petri Pecki) sic ut alioquin nec æstimatio debeatur: & ne per occasionem hereditatum, monachis aut monialibus delatarum, bona ad monasteria devolverentur, post frequentes Belgii Principum querelas de captationibus hereditatum per ecclesiasticos institutis, (de quibus videri potest constitutio Philippi Burgundiæ Ducis Hollandiæ Comitis 28. *octobr. anni* 1446. *vol. 1. placit. Holl. pag.* 1470. & Caroli V. *29. oct.* 1520. *vol. 3. pag.* 1209. *& seq.*) tandem edicto ejusdem Caroli V. 20. *Martii* 1524. *vol. 1. placit. Holl. pag.* 1588. *& seqq.* nec non *edicto anni* 1531. 16. *Oct. vol. 2. placit. Holl. pag.* 2973. cautum, ne ullo modo ex testamentis, donationibus, contractibus, monasteria aliaque corpora ecclesiastica acquirant immobilia aut reditus aliaque similia, quæ immobilibus accensentur; & ut, si monacho deferatur proximorum hereditas, monasterium quidem eam possideat vivente monacho, eo vero moriente reddat proximis secularibus monachi defuncti, secundum catalogum tempore delatæ hereditatis a monasterio exhibendum. Et his Caroli V. vestigiis inhærentes Ordines Hollandiæ, nec non Ordines Generales Fœderati Belgii caverunt, ne vel palam, vel per interpositas personas, quicquam sive mobile sive immobile relinquatur monasteriis, ecclesiis pontificiis, monachis, monialibus, devotis virginibus, aliis sacris Romanensibus, aliisque similibus; & ut talibus relicta cedant iis, quibus jure successionis intestatæ debentur; præterea ut bona parentum delata liberis pontificiis, regulæ alicui sacræ adstrictis, post eorumdem obitum redeant ad proximos a lege ad successionem vocatos; denique ut illi, qui huic constitutioni quocumque modo fraudem fecerint, infamia notentur, in quadruplum rerum, in quibus fraus facta, condemnentur, & ad usuras earum ex mora etiam extrajudi-

ciali teneantur. *Edict. Ordinum Holl.* 4. *Maii* 1655. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 1592. & *seqq. Edict. Ordinum General*, 14. *Octobr.* 1655. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2419. Confer omnino Lambertum Goris *adversar. tract.* 3. *part.* 1. *cap.* 8. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 81. 82. 83. 84. Groenewegen *ad auth. cassa C. de sacrosanct. eccles.* Hug. Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 16. *n.* 4. & *cap.* 22. *n.* 54. 55. Sed & alia sectariorum collegia apud nos hereditatis aut legati capacia non sunt, cum nullo speciali privilegio munita, sed tantum tolerata sint, arg. *d. l.* 8. *C. h. t. l.* 1. *C. de Judæis*, adeo ut improbata fuerit in Hollandia institutio pauperum sectæ Anabaptisticæ, Jacob. Coren *observ.* 9. Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 4. *Inst. h. t. n.* 2. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 37. Res. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 155. & *part.* 5. *consil.* 100. *pag.* 339. eoque facit, quod *d. edicto Ordinum Hollandiæ* 4. *Maii* 1655. & *d. edicto Ordinum Generalium* 14. *Octobr.* 1655. utrobique *in præfatione* prohibitum fuit, ne ulla bona quocumque titulo aut colore perveniant ad manum mortuam, nisi publica regantur & administrentur auctoritate.

4. Orphanotrophiis tamen ac gerontocomiis, & pauperibus apud nos & alios Protestantes tum mobilia tum immobilia relinqui, non videtur inhibitum, licet ad id licentia specialis impetrata non sit; tum quia res immobiles hoc ipso apud nos non subducuntur oneribus & tributis fisco pendendis; tum quia rerum, od orphanotrophia aliasque similes causas pias ac ad ipsos pauperes pertinentium, cura suprema ad ipsos magistratus spectat, licet aliis administratio per eos demandetur. Quod & haud obscure significant Ordines Hollandiæ & Generales Fœderati Belgii, dum secundum ante dicta vetant, ne ulla bona quocunque titulo aut colore deveniant ad manum mortuam, nisi publica regantur & administrentur auctoritate, *dicto edict. Ordin. Holl.* 4. *Maii* 1655. *in præfat.* & *d. edicto Ordin. General.* 14. *Oct.* 1655. in *præfat.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 44. & *cap.* 8. *n.* 2. Carpzovius *defin. for. par.* 3. *const.* 13. *defin.* 27. *in fine*, Paulus Voet *de mobil.* & *immobilibus cap.* 17. *n.* 5. Et, si apud nos Christo vel ecclesiæ vel archangelo aut martyri, cui ecclesia olim dicata fuit, relinquatur, relicta non cedent œconomis ecclesiæ, sed magis diaconis in pauperum usus, Groenewegen *ad l. ult. C. de sacrosanct. ecclesiis*, sicut & testamento data pauperibus, non acquiruntur gerontocomio, orphanotrophio & similibus, sed in specie pauperibus, quorum curam diaconi aliique his similes publica apud nos gerunt auctoritate, Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 8. *n.* 3. Et si generaliter pauperes instituti sint, vocati videntur illius loci pauperes, in quo testator domicilium habet, aut in quo natus & educatus est, ac consanguineos plerosque habet, si nullo certo in loco domicilium ejus fixum appareat: Resp. Jur. Holl. *par.* 2. *consil.* 36. *in med.*

5. Etsi vero hæretici & apostatæ jure civili non potuerint heredes institui, *l. hi qui sanctam* 3. *C. de apostatis l. ult. C. de haret.* & *Manichais*, tamen apud nos cujuscunque sectæ aut religionis homines institui possunt, quoties in propriam ipsorum utilitatem, non in communes cultus divini improbati usus, secundum ante dicta, hereditas cessura est, arg. *l. cum senatus* 20. *ff. de reb. dubiis*, Groenewegen *ad l. Cod. de hæret.* & *manichæis.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 33. Simili modo peregrini quidem jure Romano passivam non habuerunt testamenti factionem, uti nec deportati, *l. sed si conditioni* 6. §. *solemus* 2. *ff. h. t. l.* 1. *C. h. t.* Sed moribus nostris peregrinos & bannitos institui nihil vetat, nisi sint exules tales, quos *woestballingen* appellant, qui scilicet ob crimen atrox absentes ac profugi proscribuntur sub pœna mortis, bonis publicatis; utpote quibus relicta pro non scriptis habentur. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 16. *n.* 1. Groenewegen *ad l.* 2. *C. h. t.* & *ad l.* 17. *ff. de pœnis*, sicut & relicta illis, qui ad hostes transfugerunt. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 36. Mulierem quoque intra annum luctus nubentem omnis liberalitatis testamentariæ incapacem esse jussit jus civile, *l.* 1. *C. de secund. nupt.* Adde *t. de ritu nupt. n.* 98. uti & perduellium filios, *l. quisquis* 5. §. *filii* 1. *C. ad leg. Jul. majest.* Improbos denique & intestabiles declaratos non potuisse heredes institui cum effectu, verius est: cum enim ii tales sint, ut aliis ipsis haud dicant testimonium, *l. cum lege* 26. *ff. qui testam. fac. poss.* testamenti autem validitas a testium fide perhibenda dependeat, consequens est, iis relicta pro non datis habenda esse, tanquam probatione destituta; Vinnius *ad* §. 6. *Inst. de testam. ordin. n.* 5.

6. Præter hactenus recensitos alii insuper sunt, qui, licet passiva testamenti factione in totum haud careant, ex quorundam tamen testamentis aut nullo modo, aut non totum quod testator reliquit, capere possunt. Sic enim ex damnato complexu natos nil præter alimenta, & liberos naturales extantibus legitimis nil præter unciam unam ex testamento paterno capere posse, dictum *t. de liberis & posthumis n.* 13. 14. Et, si viduus aut vidua, ad secunda vota transiens, prioris thori liberos habeat, secundo vel secundæ conjugi non amplius testamento relinquere potest, quam uni ex prioris matrimonii liberis, cui minimum relictum est, ut plenius traditum *in t. de ritu nupt. n.* 110. & *seqq.* Et eum, qui viduam intra annum luctus duxit, non ultra tertiam partem ex ejus hereditate acquirere ex testamento potuisse, jure civili constitutum est, *l.* 1. *Cod. de secundis nupt.* Sed nec adulter adulteram, aut hæc illum, recte heredem scribit, aut legato honorat, *l. Claudius Seleucus* 13. *ff. de iis quæ ut indignis.* Joh. Papon *lib.* 22. *t.* 9. *arrest.* 11. Henricus Kinschot *responso* 12. *in fine*, Christinæus *vol.* 1. *decis.* 200. *n.* 26. & *seqq.* nec incestuosus eam, quam incestu polluit, *l. si quis* 6. *Cod. de incest. nuptiis.* Et quamvis jure civili in concubinam regulariter liberalitas æque testamento, ac inter vivos exerceri potuerit ab eo, cujus concubina erat, sic ut & concubina una cum liberis naturalibus ei, legitima prole carenti, in sextantem successerit ab intestato, *l. hac ratio* 3. §. *videamus* 1. *in fine*, *l. si prædia* 58. *in pr. ff. de donat. inter vir.* & *uxor. l. affectionis* 5. *l. donationes* 31. *ff. de donationibus l. cum tabulis* 16. §. 1. *ff. de his quæ ut indignis*, junct. *t. Inst. de lege Fusia Caninia*, *novell.* 89. *cap. discretis* 12. §. *si quis autem* 4. quia tamen Romanis tales displicuerunt munificentiæ in militibus, quos fictis focariarum & aliarum mulierum turpium adulationibus spoliari noluerunt, *l. si ancillam* 2. *C. de donat. inter vir.* & *uxor. l. mulierem* 14. *ff. de his quæ ut indignis*, *l. miles ita* 41. §. *mulier* 1.

ff. de testam. milit. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 110. & 152. & apud nos ac passim tales conjunctiones in stupri crimen incurrunt, nec inter concubinas & meretrices amplius differentia est, hinc nec concubinis nunc recte legari, concedit Argentræus *de consuet. Britann. art.* 266. *cap.* 5. *de donationibus simpliciter nullis n.* 3. 4. Christinæus *vol.* 1. *decis.* 200. *n.* 15. Sande *de probibita alienat. par.* 1. *cap.* 2. *n.* 6. 7. Groenewegen *ad l.* 2. *C. de liberis naturalib.* Rodenburch *de jure conjugum t.* 2. *cap.* 4. *n.* 11. Parens p. m. Paulus Voet *ad pr. Inst. de donat. n.* 5. *post med.* Licet aliis contra visum fuerit, non aliter apud nos inutiliter concubinæ relinqui, quam si concubinatus cum adulterio aut incestu conjunctus sit, Jac. Coren *consil.* 21. *quæst.* 1. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 41. pro qua opinione facere videtur, quod edicto Caroli V. 4. *Oct.* 1540. *art.* 82. vetitum, ne minores annis vigintiquinque quicquam donent aut testamento legent concubinis; qualis prohibitio supervacua foret, si & majorennes prohibiti censerentur concubinis actu inter vivos aut ultima voluntate gratificari; sive edictum illud accipias de concubinis minorum, ut probabile est; sive de concubinis ipsorum curatorum, quo sensu a Frisiis acceptum videtur, apud Sande *dec. fris. lib.* 1. *t.* 9. *defin.* 19.

7. Moribus quoque nostris & vicinarum gentium si quis minorem duxerit, aut si quæ minori nupserit sine consensu parentum minoris, nulla ex parte a conjuge minorenne institui posse in proprietate vel usufructu, nec alio quocumque titulo liberalitatem ex ejus bonis capere, latius dictum, *in t. de ritu nupt. n.* 11. 16. & *seqq.* Sicut & illud, quod Ultrajecti & aliis in locis conjux conjugi nil præter usumfructum rerum suarum testamento dare possit, & quæ ea occasione controversiæ sint, explicui in *t. de donat. inter vir. & uxorem n.* 17. 18. 19. Circa quæ tamen tunc, dum hæc scribo, notabilis mutatio facta est per Ordinum Ultrajectinorum interpretationem novellarum decisionum anni 1659. promulgatam 28. Januarii hujus anni 1700. quippe qua multarum rerum intuitu permiserunt inter conjuges gratificationem testamento faciendam, ante improbatam, sancientes, *dat in het tokomende man ende vrouw in dese Provincie woonende, malkanderen sullen mogen by uyterste wille in eygendom maken, alle haren huysraad ende imboel (juweelen, oleydodien, gemunt goud en silver daar onder niet begrepen) gelijk deselve malkander ook sulle mogen maken alle sodanige goederen, als bevonden sullen werden staande houwelijk geconquesteert te sijn, ende daar en boven noch alle vaste goederen, hypothecatien, rentebrieven, obligatien, gelegen ofte geconstitueert in ende op de provincie, steden, ende stabilia corpora in Holland, als mede op de Generaliteyt, Admiraliteyten, ende in, en op alle andere provincien ende steden, alwaar de gratificatie tusschen echte lieden niet verboden is; midsgaders actien ende obligatien op de Oost ende West-Indischen compagnien, ende de beleeningen op enige der voorschreven effecten gedaan.*

8. Denique etiam edicto Caroli V. constitutum, ipso jure nullas esse liberalitates, quoties minores testamento vel donatione inter vivos aut mortis causa res immobiles, aut reditus annuos perpetuos vel vitalitios immobilibus impositos contulerint in suos tutores, curatores, administratores, aut liberos eorum, aut in concubinas suas, aut in susceptores de fonte baptismatis, *Edict. Caroli V.* 4. *Octobr.* 1540. *art.* 12. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 318. Quod etiamnum in viridi esse observantia colligi potest *ex novella decis. Ultraject. anni* 1659. *art.* 15. Hugone Grotio *manud. ad Jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 2. *n.* 50. Christinæo *vol.* 4. *decis.* 4. *n.* 9. Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *t.* 9. *defin.* 19. 20. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 114. & *part.* 5. *consil.* 206. Et licet in edicto Caroli V. nulla mentio fiat uxoris tutorum, aut curatorum, ac ob id etiam Frisiæ Senatus firmum pronunciaverit legatum uxori tutoris a minore relictum, quasi edictum illud recedens a jure communi non deberet extensionem pati, Sande *decis. frisic. lib.* 2. *t.* 9. *defin.* 19. *in med.* Quod & Hugoni Grotio arrisit in Respons. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 188. *n.* 2. tamen plerisque placuit, id quod edicto deerat, jurisdictione jus dicentis supplendum esse, adeoque & ipsam curatoris uxorem edicto tacite videri contentam, arg. *l. non possunt* 12. *l.* 13. *ff. de legibus*, *l. sed sciendum* 3. *ff. de lege Pom. de parricidiis*, Christinæus *d. vol.* 4. *decis.* 4. *n.* 9. prout & postea per edictum anni 1611. id suppletum fuisse, idem Christinæus ibidem monet; atque etiam specificam uxoris mentionem fecerunt Ordines Ultrajectini *in novella decisione anni* 1659. *art.* 15. Plane ex usu limitationem accepit d. Caroli V. edictum, ut nempe sustineantur relicta vel donata curatoribus aliisque similibus, si hi simul jure succedendi in bona minorum muniti sint, uti post multos alios adductos notat Groenewegen *ad l.* 17. *C. de admin. tut.* Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 15. *num.* 32. Quo tamen casu non ultra, quam pro qua parte etiam ab intestato heredes esse potuissent, ex minoris liberalitate lucrifacere debent, Christinæus *d. vol.* 4. *dec.* 4. *n.* 10. Barry *de successionib. lib.* 1. *t.* 8. *n.* 31. *post. med.* vers. *certe patrem tutorem*, Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 15. *n. ult.* Responsa Jurisc. Holl. *par.* 5. *consil.* 206. eo excepto, quod in Hollandia Australi parentes simulque tutores aut tutrices suorum liberorum ab iisdem liberis adhuc minorennibus recte instituuntur, licet post dissolutum morte unius conjugis matrimonium superstes suis liberis ex jure Scabinico nulla ex parte ab intestato heres sit, uti judicatum testantur Jurisconsulti in Responsis Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 114. Neque erraturum putem, qui verba novellæ decisionis Ultrajectinæ, anni 1659. art. 15. quibus *patres, matres, avi, aviæ, fratres & sorores* (tutori scilicet nuptæ) excipiuntur a prohibitione, ita acceperit, ut personis hisce exceptis per minores amplior relinqui possit hereditatis portio, quam quæ iis ab intestato fuisset obventura. Cum enim secundum ante dicta id universali consuetudine obtinuerit, ut relicta curatoribus, pro ea parte valeant qua etiam ab intestato succedere potuissent; ne alioquin officium ipsorum, quod vel ex pietate vel ex juris necessitate susceperunt, ipsis damnosum sit; frustra personæ hæ proximæ proponerentur exceptæ, si non ultra id, quod iis ab intestato debetur, capere possent ex testamento ejus, cujus curam gerunt: licet dissentire videatur Wesel *ad d. artic.* 15. *num. ult.*

9. Cum autem constitutio Caroli V. loquatur de solis immobilibus, ac reditibus rei immobili impo-

sitis, alterumque de mobilibus silentium sit, consequens est, curatoribus mobilia jure relinqui illis in locis in quibus constitutioni isti nihil additum apparet, adeoque etiam in nostra Hollandia, & Frisia, uti & plerisque aliis in locis, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 147. *in fine*, & *part.* 5. *consil.* 206. Sed Ultrajectini, considerantes, censum multorum satis magnum in solis prope mobilibus, puta mercibus, pecoribus, ac positis in fœnore nummis consistere, prohibitionem hanc etiam ad mobilia, adeoque in universum ad omnia minorum bona, censuerunt producendam, *d. novellæ dec. Ultraject. art.* 15.

10. Nec interest, utrum curatores minorum re ipsa administratores an tantum honorarii sint: neque enim administratio causam edicto dedit, verum metus & reverentia, qua minores ad liberalitatem in tutores exercendam impulsos legislator præsumit: præsertim, cum non minor honorariorum quam administratorum in actibus minorum regundis potestas atque auctoritas appareat; ac administratio ipsa, qua talis, mercenarium quid ac ministeriale sit, quod tutores dignitate conspicui ordinis inferioris hominibus demandare possunt atque etiam solent, Wesel *ad novellas const. Ultraject. art.* 15. *n.* 4. 5. 6. Curatoribus vero & administratoribus non male accensueris præceptores, pædagogos, ephoros minorum, magistros eorum, qui tyrocinio artis occupati sunt, quamdiu institutio aut præpositio aut tyrocinium continuatur, ut id auctoritatibus & rebus judicatis firmat Barry *de successionibus libr.* 1. *t.* 8. *n.* 31. vers. *nec tantum de tutore*, Wesel *ad d. art.* 15. *n.* 9. Non tamen curatores ad unum actum datos, nec eos, qui ultro & ex libera voluntate minorum res tractant, de cætero auctoritatem aut potestatem nullam habent, Barry, *d. loco*, Wesel *ad d. art.* 15. *n.* 7. 8. post alios cit. Nec præfectos militares, quibus militant minores, Wesel *ad d. art.* 15. *n.* 15. quæ quasi per indicem adnotasse suffecerit.

11. Quia vero cessante causa prohibitionis ipsa quoque cessat prohibitio, consequens est, ut & finita administratione, vel cura, vel tyrocinio, ac potestate iis cohærente, liberalitas recte exerceatur. Quo fundamento Charondæ *in memorialibus* in verbo *donation. ante mod.* & Joh. a Sande *decis. frisic. lib.* 2. *t.* 9. *defin.* 19. placuit, ratam habendam esse munificentiam in præceptorem aut pædagogum collatam a minore, postquam jam desierat sub ejus disciplina esse, tanquam quæ facta fuerit in beneficii ex institutione accepti remunerationem, arg. *l. Aquilius Regulus* 27. *ff. de donation.* Nec quicquam obstat, quo minus minor, per mortem curatoris, aut excusationem ex justa causa obtentam, ab ejusdem liberatus potestate, ipsum, viduam ejus, ac liberos superstites, heredes instituat, utcunque alterius curatoris arbitrio etiamnum subjectus; vel etiam per veniam ætatis aut matrimonium suæ potestatis factus, ipsum non ita pridem curatorem supremo suo elogio honoret, Rodenburch *de jure conjugum tract. prælim. de statut. diversit. t.* 2. *par. altera*, *c.* 4. *n.* 2. *pag.* 118. Quod & apertum est ex verbis novellæ decisionis Ultrajectinæ, prohibitionem restringentis ad tempus durantis tutelæ vel curæ. Et licet non totidem verbis id edicto Carolino expressum sit, tamen eo ipso, quo minores suis curatoribus eorumque liberis gratificari prohibentur, necessario id præsupponitur; cum tutor aut curator dici non possit, nisi qui adhuc re ipsa vim ac potestatem in minorem & bona ejus habet; neutiquam vero, qui morte aut alio modo jam desiit tutor esse, ut argumentatur Rodenburch *d. loco.* Neque necessarium videtur, ut curator ac similes administrationis suæ rationes reddiderint, antequam ad liberalitatem capiendam ipsi vel liberi eorum aut uxores admittantur, nisi specialis consuetudo in contrarium sit; cum potestas tutoria & curatoria non per rationum redditionem, sed per impletum præscriptum a lege vel statuto annorum numerum, ex certissimis juris principiis finem accipiat; & sæpe non per curatores, sed per ipsos illos, qui jam majores facti, fiat, ut non nisi post longiora temporum intervalla rationes reddantur; ac denique Caroli Quinti constitutio nominatim infirmet liberalitates *minorum viginti quinque annis*, ut proinde in iis, qui illam ætatem egressi sunt, jus commune, liberam cuique permittens de rebus suis dispositionem, servandum sit. Frustra dissentiente post alios Abrahamo a Wesel *ad d. art.* 15. *n.* 26. idque arg. *l.* 1. §. *quæ onerandæ* 5. & *seqq. ff. quarum rerum actio non datur.* Non enim ab eo, quod servus brevi post manumissionem patrono promisit onerandæ libertatis gratia, argumentum recte ducitur ad hanc majorennium liberalitatem in non ita pridem curatores exercitam; tum quia promissio liberti etiam post intervallum facta, infirma sæpe est, ubi apparet, onerandæ libertatis causa eam intervenisse, *d. l.* 1. §. *in summa* 6. quod de majorenne post intervallum suo pridem curatori donante vel legante dici nequit; tum etiam quia tutoriæ potestas longe diversa est a rigido duroque servitutis jugo, ex quo servi jure civili pro nullis habebantur, *l. quod attinet* 32. *ff. de reg. juris*, & a quo per dominum manumittentem liberati, inæstimabilis beneficii accepti debitores manebant; dum interim minores per annorum implementum sine ulla curatorum indulgentia aut beneficio, in suam tutelam veniunt ex ipsa legis dispositione, ideoque nec tanto tamque humili & abjecto metu servili durante minorennitate constricti, nec tanto beneficii remunerandi desiderio post dissolutam potestatem curatoriam commoti fuerunt, atque quidem servi durante servitute, & obtenta libertate. Confer de hac in curatores prohibita liberalitate Rebuffum *tom.* 2. *constit. regiar. tractatu de donationib. & aliis disposit. tutoribus, & aliis administrat. factis reprobatis.* Francisc. de Barry *de success. lib.* 1. *tit.* 8. *n.* 32. 33. 34. Charondam, *en ses memorabl. observations*, *verbo*, *donation ante med.* Wesel *ad novellas constit. Ultraj. art.* 15.

12. Cæterum accidit aliquando, ut testatores non certas sed incertas personas instituant, sicut & dubium inde non raro sit, qui videantur testamento vocati. Et primo quidem non suos tantum, sed & extraneos posthumos aut quasi posthumos heredes scribi posse jure civili ac moribus comprobatum est, §. *posthumo* 26. 27. 28. *Inst. de legatis*, arg. *l. pen. ff. de legatis* 1. Si quis ergo fratrum aut sororum aut cognatorum adhuc cælibum liberos postea nascituros instituat; ad hereditatem ejus etiam venient, qui moriente testatore necdum nati aut concepti sunt; & quia incertum est, an, & quot, & quo tempore nascituri sint, hinc illis, qui nascuntur, incertæ interim hereditatis partes videntur quæsitæ, tum de-

mum certæ futuræ, cum constiterit, non alios posse ex personis testamento expressis posthumos nasci, arg. *l.* 1. §. *ult. ff. si pars hered. petatur.* Et siquidem alii, quam posthumi tales instituti, testatori ab intestato successores sint, ante nativitatem posthumorum non recte exigunt, sibi interim committi hereditatem sub cautione de restituendo, si postea editi fuerint posthumi; sed potius bona hereditaria per executores aut tutores testamento datos, vel a magistratu dandos, administranda sunt, donec certum fuerit, posthumos nullos nascituros esse: eo quod, quamdiu separatur successio testamentaria, legitimæ successioni non potest locus esse, *l. quamdiu* 89. *ff. de reg. juris*, *l. nec is, qui* 17. §. 1. *l. quamdiu* 39. *l. in plurium* 70. *ff. de acquir. vel amitt. hered. l. antequam* 8. *C. communia de successión.* eoque facit, quod heredes sub conditione instituti, pendente conditione hereditatem jure possident, si modo substitutis aut ab intestato successuris cautionem præstent de hereditate reddenda, si conditio defecerit, *l. inter omnes* 12. *l.* 13. *ff. qui satisd. cog. l. Paulus notat* 8. *ff. de prætor. stipulat.* Paulus *recept. sent. lib.* 5. *tit.* 9. *in pr.* Confer omnino Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 98.

13. Sed &, si quis fratres habens, & quos dam fratrum liberos, generaliter fratrum liberos heredes scripserit, aut substituerit, non illos tantum vocasse videtur, qui tempore conditi testamenti jam nati aut concepti erant, sed & omnes reliquos, qui quocunque tempore, sive vivo sive mortuo testatore, ex fratribus concipiendi ac nascituri sunt, sic ut & hereditatis partem ferre debeant, qui multis post testatoris excessum annis demum in lucem prodierunt: idque non tantum, si fratrum liberi, qui testamenti conditi tempore jam nati erant, adhuc tam teneræ ætatis sint, ut necdum ipsi suis benemeritis benevolentiam testatoris provocare potuerint, vel tempore testamenti facti unus tantum filius aut filia fratrum existat, vel plures filii filiæque ex uno tantum fratre, & liberi *fratrum* in plurali numero instituti fuerint, aut aliæ similes circumstantiæ concurrant; sed &, si talia omnino desint: quia generali nomine appellativo vocans ad successionem fratrum liberos sine propriorum nominum aut numeri espressione non aliam videri potest habuisse instituendi causam, quam vinculum sanguinis ac cognationis; ac proinde, cum posthumi, quocumque tempore nasciturі æque ac jam nati, in pari gradu contingant defunctum, & æqualiter fratrum liberi sint, quibus ille patris loco, quique ipsi liberorum loco sunt, arg. §. *item amitam* 5. *Inst. de nuptiis consistere* 53. *ff. de ritu nupt.* in iisque omnibus promiscue reperiatur causa movens testatorem ad instituendum, etiam æqualiter omnes intelligi debent vocati esse; præcipue si consideres, illud haberi pro disposito, de quo si testator rogatus fuisset, ita fuisset responsurus, Menochius *libr.* 4. *præsumt.* 26. *n.* 8. & dispositionem omnem testatoris recipere interpretationem secundum id, quod probabile est, testatorem cogitasse, imo voluntatem probabilem testatoris in testamento utramque, quod ajunt, paginam facere secundum infinita prope juris loca. Mantica *de conject. ult. volunt. libr.* 3. *t.* 19 *num.* 3. Neque dubium videri possit, quin testator, in instituendo solam considerans sanguinis necessitudinem, responsurus esset, æque posthumos ac jam natos, tanquam omnes liberorum loco sibi habitos, & æqualiter sibi junctos, a se institutos esse, quamdiu illi, qui facti testamenti tempore jam nati erant, docere nequeunt, testatorem non cognationis intuitu, sed propter singularia quædam jam natorum obsequia, officia, atque beneficia ad eorum institutionem inductum fuisse. Atque ita in Brabantiæ Senatu judicatum refert Stockmanus *Curiæ Brabantinæ decis.* 26. in eamque sententiam a me cum aliis responsum memini. Confer Fachineum *controvers. libr.* 4. *c.* 88. Manticam *de conject. ult. volunt. libr.* 8. *t.* 12. *n.* 22. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 98. *quæst.* 1. Obstat tamen huic opinioni non unus juris nostri textus. Etenim in *l. Titius* 6. *ff. de suis & legit. hered.* Julianus ait, *qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem ejus tanquam suus heres, neque bonorum possessionem tanquam cognatus accipere potest; quia lex 12. tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cujus bonis quæritur, in rerum natura fuerit.* Ex his similia tradit idem Julianus *in l. item prætor* 8. *ff. de suis & legit. hered.* uti & Imperator *in* §. *& licet* 8. *Inst. de heredit. quæ ab intest.* ac denique etiam Ulpianus scripsit, eum, qui demum concipitur post mortem ejus, de cujus agitur hereditate, neque alii obstiturum, neque ipsum admittendum, *quia non fuit proximus cognatus ei, quo vivo nondum animatus fuit*, *l.* 1. §. *si quis proximior* 8. *ff. unde cognati.* Verum ad hæc, & si quæ alia sint alia juris loca, responderi potest, eam Juliani & aliorum decisionem non esse porrigendam ad casus alios, sed tantum ad hereditatem legitimam, item bonorum possessionem avi petendam pertinere: de cætero jura patronatus ab avo in nepotem, etiam post mortem avi conceptum, transire, prout id aperte monet Paulus Jurisconsultus in *l. Paulus respondit* 47. §. *Paulus respondit* 3. *ff. de bonis libert.* ac proinde leges superiores nec ad nostrum posse casum trahi, in quo fratrum filii, post patrui sui obitum demum concipiendi, non veniunt ad patrui sui hereditatem tanquam cognati a lege vocati, sed tanquam probabili testatoris voluntate suprema designati successores. Præterquam quod & leges superiores per Jus Novellarum videntur abrogatæ, ut monui *in Tit. ad Senatusc. Tertullianum n.* 6. *post princip.*

14. Simili fere modo, si quis testamento suam uxorem heredem scribat, non expresso nomine uxoris proprio, aut alio indubitabili signo, quo uxoris certæ persona circumscribitur, dubitatum, an solam primam, an magis etiam secundam, aut tertiam intelligatur instituisse, si priori superviveus ad secundas aut tertias nuptias transitum fecerit. Sane, si testator adhuc celebs generalem uxoris futuræ fecerit institutionem, nulla hæsitandi ratio est, cur non ad secundam tertiamve postea ductam, ac sibi testatori superstitem, hereditas ex talis voluntatis declaratione devolvatur. Idemque dicendum, si quid uxori generaliter relictum, ut inde se alat, & uxor posterior non minus quam prior alimentis indigeat; cum probabile sit, testatorem non magis voluisse, ut posterior, quam ut prior, in paupertate viveret & anxie-

tate, Mantica *de conject. ult. volunt. l.* 8. *tit.* 15. *num.* 2. 3. Peckius *de testamentis conjugum libr.* 1. *cap.* 3. *num.* 3. Berlichius *decis.* 293. *num.* 2. & 41. Brunnemannus *ad. l.* 19. *ff. de rebus dubiis.* Sed extra hos casus vix est, ut uxor secunda sibi vindicet, quod maritus adhuc primæ sociatus conjugi, uxori suæ legati vel institutionis titulo largitus est. Non enim præsumendum est, de secunda uxore maritum tunc cogitasse, de qua salvo amore conjugali salvaque individua vitæ consuetudine, imo salva honestate cogitare non licet ad eum effectum, ut liberalitas in eam, qua talem, exerceretur. Neque novum est, ut prior morum suavitate, castitate, & jugi obsequio promerita sit affectionem mariti; ac secutam inde institutionem, qua sese secunda per austeritatem ac imperitandi insultandique libidinem aliquando prorsus indignam efficit; unde fieret, ut alieni benemeriti præmium caperet, quæ nihil ipsa promerita est. Eoque facit, quod Ulpianus scripsit, ea, quæ prioris uxoris causa parata sunt, ita demum posteriori deberi, si ei assignata sint; quia non est ita de posteriore uxore cogitatum, cum compararentur, *l. si quid earum* 47. §. 1. *ff. de legatis.* 3. Quodque a Pomponio traditum, illo sermone, *donec nupta erit*, primas nuptias significari, *l. boves* 89. §. 1. *ff. de verb. signif.* cum ratio differentiæ non appareat, cur de nuptiis dicta magis ad primas tantum pertinerent, quam de uxore disposita ad primam aut saltem præsentem restringerentur uxorem. Nec movere debet in contrarium, quod posthumo simpliciter a patre instituto, non is tantum vocatus intelligitur, qui tempore facti testamenti in utero est ejus, quæ nunc uxor est; sed & quicunque alius posthumus, ex uxore quacunque deinceps nasciturus, *leg. placet* 4. *ff. de liberis & posthum. hered. instit.* quodque fideicommissum agnatis relictum etiam nondum existentes, ac tempore mortis futuros, complectitur, *l. omnia, quæ* 32. §. *ult. ff. de legatis* 2. ac denique legatum cognatis datum etiam ad eos pertinet, qui demum post testamentum conditum per arrogationem cognati effecti sunt, *l. si cognatis* 19. *ff. de rebus dubiis.* Etenim de cognatis etiam futuris sine probro & amoris violatione cogitare, atque in eorum favorem disponere licet ei, qui jam quosdam cognatos habet; & de posthumis quibuscunque sollicitudinem ac curam testamento significare, non pium modo, sed & necessarium est, ne alioquin ob posthumi vel quasi posthumi cujuscunque præteritionem supremum parentis elogium infirmetur: cum ex adverso secundum antedicta non satis honesta atque verecunda, imo ominosa nimis, cogitatio de uxore secunda ex affectione in testamento honoranda, dum prior vitæ socia cum consortii individui voto adhuc superstes est, arg. *l. cum tale legatum* 72. *pr. ff. de condit. & demonstr.* Quæ plenius exequitur ac defendit D. Joh. a Someren *de jure novere. cap.* 9. *num.* 6. Peckius *de testam. conjugum d. lib.* 1. *cap.* 3. Mantica *de lib.* 8. *t.* 15. *n.* 1. Brunnemannus *ad d. l.* 19. *ff. de reb. dubiis*, dissent. Menochius *lib.* 4. *præsumt.* 122. Fachinæus *controv. lib.* 5. *cap.* 42. in utramque partem prolixe disputans Berlichius *decis.* 293.

15. Non etiam novum est, ut quis heredes in testamento scripto instituat non aperte nominatos, sed per relationem ad aliam scripturam, veluti, quos in codicillis nominaturus est, vel quos sua manu propria in testamento suo, de cætero perfecto, est expressurus, arg. *l. si quis ita* 36. *l. asse toto* 77. *ff. h. t. l. si ita scripsero* 38. *ff. de condit. & demonstrat.* Jacob. Coren *consil.* 10. *n.* 14. *& seqq.* Adde *tit. qui testam. fac. poss. n.* 11. & 25. *in fine*, & *tit. de injusto rupt. irrit. test. n.* 1. *in fine.* Quo casu, si nomen a testatore deinceps expressum non inveniatur, necesse est, ut non apparente uspiam successore testamentario, ad heredes ab intestato hereditas devolvatur, arg. *auth. si quis in aliquo C. de edendo*, Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 159. *quæst.* 1. Brunnemannus *ad d. l.* 77. *ff. h. t.* Sed nec dubium, quin testator recte testamento heredes instituat per relationem ad certum statutum, veluti instituendo eos, quos *jus Scabinicum* vel quos *jus Aesdomicum*, aut loci alterius lex definit ab intestato successores, ut id colligi potest ex iis, quæ habet Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 29.

16. Quod si testator instituat vel substituat *heredes legitimos*, seu, *heredes sibi ab intestato succedentes*; cum statuta circa designationem personarum ab intestato succedentium inter se admodum varient, disputatum fuit, an testator illos omnes & solos vocasse censeatur, quos lex loci, in quo domicilium fovet, declarat ab intestato heredes, an magis quantum ad sola mobilia ex lege domicilii designati successores venire debeant, ad immobilia vero illi, quos lex situs rerum singularum immobilium jubet ab intestato heredes esse? Posteriorem sententiam, pro vario scilicet rerum situ talem testatorem alios atque alios habiturum esse successores ex tali dispositione, secundum variantia statuta locorum in quibus immobilia reperiuntur, judicatum in supremo revisionis judicio diœcesics Ultrajectinæ, teste Joh. a Sande *decis. Frisic. lib.* 4. *t.* 8. *defin.* 7. *in fine*, Rodenburch *de jure conjugum tract. prælim. de statutor. diversit. tit.* 3. *par. pr. cap.* 4. *n.* 4. *pag.* 140. D. Joh. a Someren, *de repræsentatione cap* 5. *n.* 5. Sed aliis plerisque magis placuit, ex lege domicilii testatoris id esse dijudicandum, qui pro heredibus ab intestato succedentibus habendi sint, ad eosque universum defuncti patrimonium sive mobilium sive immobilium ubicunque sitorum pertinere debere. Licet enim in successionibus eorum, qui omnino intestati moriuntur, verum sit, immobilia per varias regiones diverso jure utentes dispersa ad alios atque alios pervenire heredes, prout dicta lex locorum singulorum, in quibus immobilia situm habent, sic ut tot diversarum personarum separatæ intelligantur hereditates esse, quot locis distinctis, diverso jure regundis, unius intestati morientis immobilia sita sunt; tamen id ad eos, qui testamento condito suos *vocant heredes ab intestato*, porrigi non debet. Cum enim tales instituti non ex vi legis, sed ex testatoris voluntate succedant, ac proinde non juris, sed tantum voluntatis quæstio sit, quos testator sub appellatione *heredum ab intestato* voluerit comprehensos esse; longe autem probabilius sit, testatorem magis ad nota sibi, quam ad ignota voluisse facere relationem in instituendo, & quisque aut scire præsumatur aut certe scire facile possit leges successionis

intestatæ in domicilii loco vigentes, non item locorum omnium. per quæ testatoris opulentioris immobilia sæpe late dispersa sunt, consequens est, illum non ad alias quam ad domicilii sui leges sibi notas respicere voluisse, perindeque talem oportere censeri institutionem, ac si testator nominatim ad domicilii sui leges, successionem ab intestato circumscribentes, sese in instituendo retulisset: ne alias vagum nimis incertumque concipiamus judicium ejus, ipsumque fateamur magna ex parte ignarum prorsus, quid, aut quorum in favorem voluerit testari. Inficias quidem iri non potest, leges domicilii testatoris non posse vires suas exserere ad immobilia aliis in locis sita: sed nec jure quisquam negaverit, voluntatem testatoris, quam ille vel aperte, vel per relationem ad aliud suo complexus est testamento, ad omnia ejus bona pertinere, quocunque alioquin alio successionis intestatæ jure regenda, si modo statutum situs rerum permittat testamenti factionem, Sande *decis. Frisic. lib.* 4. *tit.* 7. *defin.* 7. Grassus §. *testamentum quæst.* 76. *num.* 10. 11. 12. 13. Menochius *de præsumt. lib.* 4. *præsumt.* 202. *num.* 12. 17. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 189. *pag.* 375. 376. & *consil.* 321. & huc conferunt plurima argumenta a me adducta *in tit. de ritu nupt. num.* 85, & *in tit. de constit. Principum*, parte altera, *de statutis num.* 19.

17. Proxima superiori controversiæ illa est, qui, & pro qua parte, censeantur vocati, quando testator *fratrum & sororum filios ac nepotes heredes legitimos ex æquis partibus* heredes scribit? Etenim si *legitimorum heredum* mentio institutioni non fuisset apposita, dubitari vix posset, quin pro numero personarum viriles singulis fratrum filiis & nepotibus partes obvenire debeant, licet plures ex uno quam ex altero fratre nati sint; cum voluntas testatoris ex adjectione illa *ex æquis partibus* satis aperte declarata videatur, arg. *l. interdum* 13. *ff. h. t.* Sed si cum titulo & qualitate *heredum legitimorum* vocentur, testator æquas iis assignando partes respexisse videtur ad partes quæ legibus hereditatem ab intestato deferentibus æquæ visæ sunt. Ac proinde cum in Hollandia unius fratris filii & alterius fratris nepotes simul ab intestato ad patrui defuncti hereditatem non in capita, sed in stirpes veniant, etiam voluntas hæc testatoris eam recepit interpretationem, ut in stirpes potius, quam in capita, hereditas fratrum liberis ac nepotibus delata intelligatur, Neostadius *Curiæ supremæ decis.* 35. Eoque facit, quod apud Stockmannum a Curia Brabantina decisum legitur, in casu, quo pater filium institutum rogaverat, *ut filius ille sineret relicta sibi succedere & pervenire ad liberos suos legitimos*, hereditatem avitam non ad alios devolvi filii liberos, quam qui ex lege Brabantina poterant ei ab intestato heredes esse; quales erant soli liberi primi thori, non item ex matrimonio secundo nati, Stockman. *Curiæ Brab. decis.* 27. Uti &, quod ex communi opinione tradit Christinæus, fratribus simpliciter institutis, vocatos videri solos germanos, non item consanguineos & uterinos, si soli germani ex statuto domicilii succedant ab intestato cum consanguineorum & uterinorum exclusione, Christinæus *ad leg. Mechliniens. tit.* 16. *art.* 7. *n.* 5. 6.

18. Si tamen testator heredes instituerit, non ab intestato sibi succedentes, sed eos, *qui sibi jure debent succedere* (*die hem met recht behooren te succederen*) & inveniatur pactis dotalibus parentum talis testatoris designatus certus succedendi ordo in casum, quo filius, (qui modo suprascripto testatus fuit) intestatus moreretur, magis in dubio per talem institutionem vocati videntur, qui ex pacto dotali, quam qui ex statuto hereditatem deferente, debuissent heredes esse: cum utique expeditum sit, testamento per filium talem haud condito hereditatem non iis deferendam fuisse, qui statuto, sed qui tabulis antenuptialibus successores designati sunt, idque quia pactis dotalibus jam derogatum fuerat statutariæ dispositioni hereditatem deferenti; taliumque conventionum vis rata manere debet, donec testamento apparuerit immutata; quod in dubium præsumendum non est, Rodenburch *de jure conjugum tract. prælimin. de statut. diversitate tit.* 3. *par. priore cap.* 2. *n. ult. pag.* 135. 137. D. Joh. a Someren *de repræsentatione c.* 5. *n.* 4.

19. An autem, si testator simpliciter *proximos* (*syne naaste vrienden*) instituerit, absque adjectione illa, *ab intestato sibi succedentes*, deficientibus liberis, in dubio intelligantur vocati, quibus ex statuto domicilii jus succedendi ab intestato competit, an potius illi, qui vere atque naturaliter defuncto testatori proximo sanguinis vinculo juncti sunt, licet ex statuto nulla potuissent ex parte testatori ab intestato heredes esse; adeoque si testator, in territorio juris Scabinici domicilium fovens, ita disposuerit, ac matre jam defuncta patrem relinquat superstitem, an is tanquam proximus ad luctuosam sui filii hereditatem admittendus foret, exclusis lineæ maternæ cognatis, qui alioquin in intestati successione patrem testatoris exclusissent, petendum ex iis, quæ hac de re *ad tit. de Senatusc. Trebelliano* explicanda erunt.

20. Si quis heredes instituat fratres suos & eorundem fratrum adhuc superstitum liberos, vel etiam totam cognationem suam; in dubio non intelligitur ad suam vocasse successionem fratrum liberos una cum suis parentibus, aut omnes simul ac promiscue, qui sunt de cognatione, sine distinctione graduum aut proximitatis, sed potius successive secundum ordinem dilectionis & successionis ab intestato, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 35. *in med.* Jul. Clarus §. *testamentum quæst.* 76. *n.* 13. Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 4. *t.* 0. & *lib.* 6. *t.* 14. *n.* 10. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 7. *n.* 19. D. Joh. a Someren *de repræsentatione cap.* 5. *n.* 16.

21. Cæterum, quod supra dictum fuit, eos, qui instituuntur, passivam habere debere testamenti factionem, ita intelligendum est, ut eam tribus habeant temporibus, puta, tempore facti testamenti, mortis testatoris, & aditæ hereditatis; quin & existentis conditione instituti sint, §. *in extraneis* 4. *Instit. de hered. qualit. & different.* Barry *de success. libr.* 1. *tit.* 8. *num.* 39. & *seqq.* Hinc si minor instituerit curatorem, præceptorem, magistrum, sub quo tyrocinium fecit, & moriatur postquam jam major factus, vel aliter curatoriæ potestati subductus est, aut tyrocinii tempus adimplevit, inutilis institutio est, quia facti testamenti tempore institutus capere nihil potuit ex testamento minoris secundum ante exposita, nec tractu temporis convalescere debuit, quod ab initio vitiosum erat, Rodenburch *de jure conjugum*

tract. prælimin. de statut. diversit. tit. 2. *parte* 2. *altera, cap.* 4. *n.* 2. *pag.* 118. Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 15. *n.* 25. Idemque dicendum, si maritus Ultrajectinus uxori mobilia testamento contra statutum reliquerit, ac deinceps translato in Hollandiam domicilio moriatur; cum & hic verum sit, uxorem testamenti conditi tempore bonorum mariti mobilium ex lege Ultrajectina capacem non fuisse, nisi quatenus illa recensentur in Ordinum Ultrajectinorum interpretatione novellæ decisionis 1659. publicata 18. Januarii 1700. Nec aliud statuendum, si institutus sit talis, qui facti testamenti tempore apud hostes erat, dum vel eo transfugerat, vel ante belli initium apud eos qui jam hostes sunt, domicilium fixerat, sed postea vivo testatore in patriam reversus est; sic ut nova post talem reditum institutione opus esset, quia prior institutio vitiosum habens initium tractu temporis non potest convalescere, *l.* 1. & *tot. t. ff. de regula Caton.* Nec in contrarium movent adducta a Gratiano *disceptationum forens. cap.* 209. cum pleraque argumenta petita sint ab actibus inter vivos, in quibus non ita, uti quidem in ultimis voluntatibus, regulæ Catonianæ locus est; atque insuper varia præsupponantur, quæ merito in dubium revocari possunt. Adde *tit. de his quæ pro non scriptis.*

22. Medio autem tempore inter factum testamentum & mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutatio juris & inde nata incapacitas non nocet heredi, *d.* §. 4. *Instit. de hered. qualit.* & *diff. l. sed si conditioni* 6. §. *solemus* 2. *l. si alienum* 49. §. 1. *l.* 50. *l. liber homo* 59. §. *si heres* 4. *ff. h. t. l. Aristo Neratio* 46. *ff. de manumiss. testamento*, Vinnius, Paulus Voet, & vulgo DD. *ad d.* §. 4. *Instit.* Quibus consequens est, ut, si maritus Hollandus uxori suæ mobilia reliquerit, dein Ultrajectum migret (ubi adhuc post jus novissimum supra adductum testamentaria intra conjuges gratificatio variorum mobilium intuitu interdicta manet), iterumque post in Hollandiam reducto domicilio, ibidem decedat, valida sit liberalitas mobilium omnium testamento in uxorem ei superstitem collata: eo quod verum est, illam & facti testamenti & mortis tempore capacem fuisse, licet medio tempore Ultrajecti degens desiisset capax esse, Rodenburch *de jure conjug. tract. prælim. de statut. diversit. tit.* 2. *parte altera, cap.* 4. *num.* 1. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 173. *quæst.* 1. Adde Carpzovium *defin. for. par.* 2. *constit.* 14. *defin.* 3. Plane, si incapax non pure instituatur, sed sub expressa conditione, *si capere possit* vel *cum capere poterit*, institutio sustinetur, qui regula Catoniana ad conditionales institutiones non pertinet, *l. in tempus* 62. *ff. h. t.* junct. *l. pen. ff. de regul. Caton.* Barry *de successsion. lib.* 1. *t.* 8. *n. ab eis, quæ dixi* 41. quamvis probabile sit, Jurisconsultos in *d. l.* 62. tantum respexisse ad cælibes & orbos ac alios similes, qui olim aut omnino, aut non totum capere poterant, de quibus Ulpianus *in fragment. tit.* 14. 15. 16. 17. quæ tamen jure novo sublata, *tit. C. de infirm. pen. calib.*

23. Instituitur heres vel unus vel plures. Si unus, in solidum heres est, licet ex re certa tantum vel ex semisse aut alia hereditatis parte vocatus esset: cum enim Romanis placuerit, paganum pro parte intestatum decedere non posse: non aliud restabit, quam ut rei aut semissis mentio detraheretur, aut in re singulari vel semisse contineretur totus as, §. *hereditas* 5. *in med. Instit. ff. h. t. l.* 1. §. *si ex fundo* 4. *ff. h. t.* junct. *l. jus nostrum* 7. *ff. de reg. juris.* Sin plures, si quidem ex his quidam ex re certa, quidam sine re scripti sint, ex re certa instituti nil præter rem illam habituri sunt, tamquam legatarii, reliqui totam hereditatem, *l. quotiens* 13. *C. h. t.* nisi sine parte scriptus noluerit, vel non potuerit heres esse; quippe quo casu ex re certa scriptus solus ex asse heres esset, detracta rei mentione, arg. *l. pater tuus* 2. *C. h. t.* Fachineus *controvers, lib.* 4. *cap.* 15. Sed si omnes ex re certa vocati sint tota hereditas pro portionibus æqualibus ad eos pertinebit, perinde ac si omnes detracta rei mentione heredes scripti essent; etiamsi testator inæquales singulis partes dedisset in re, in qua instituti sunt, nisi alia appareat voluntas testatoris: nam cum testator ait, *Titius ex fundi Corneliani besse, Mævius ex fundi Corneliani triente heres esto*, bes, & triens non ad hereditatem, sed tantum ad fundum Cornelianum suam relationem habet; ac proinde, cum detrahatur isti institutioni mentio fundi, necesse est, ut & bessis ac trientis, ad fundum respicientis, mentio non facta intelligatur, *l. quotiens* 9. §. *si duos* 13. *ff. h. t.* Nec aliud dicendum, si singuli ex alia atque alia re instituti fuerint, licet res una longe pluris valeat, quam altera, *l. Attius* 11. *l. ex facto proponebatur* 35. *pr. ff. h. t. l. si certarum* 17. *ff. de testam. milit.* Ut tamen officio judicis unicuique eorum res, quæ relicta est, adjudicetur vel attribuatur, tanquam per præceptionem legata, *d. l.* 35. *in fine principii* & §. 1. *ff. hoc titul.* Quin imo etiamsi testator alium *rerum Italicarum*, alium *provincialium*, vel alium *bonorum paternorum*, alium *maternorum* heredem scripserit, adhuc quasi detracta rerum mentione singuli ex semisse heredes erunt; sed ita, ut & hic officio judicis uni res Italicæ, alteri provinciales, velut ex causa prælegati præstentur, *d. l.* 35. *pr.* & §. *cum hæc ita* 1. *l. qui non* 78. *ff. h. t.* Cumque hoc in casu dubium esset quæ res *Italicæ*, quæ *provinciales* censeri deberent, maxime si testator negotiator sit, qui & merces & pecunias ex Italia in provinciam, ac vicissim ex provincia in Italiam mittere aut deferre consueverat; placuit, in dubio rerum Italicarum appellatione eas contineri, quas perpetuo quis ibi habuerit, atque ita disposuit, ut perpetuo haberet: cæteroquin, si quam rem transtulerit in alium locum, non ut ibi haberet, sed ut demum ad pristinum locum revocaret, neque augebit patrimonium loci, quo transtulit, neque minuet, unde transtulit; sive servos quosdam ex Italia miserit in Galliam, ad exigendum debitum aut merces comparandas, recursuros, si comparassent; sive pecuniam miserit in provinciam ad merces comparandas, & illæ vel vivo vel mortuo testatore comparatæ sint, sed necdum in Italiam devectæ; vel necdum quicquam inde comparatum sit; quia sufficit, quod testator res ex ea pecunia missa comparandas in Italia esse voluit. Nam & si dedisset in provincia de pecuniis, quas in Italia exercebat, ituras & redituras, dicendum esset, hanc quoque Italici patrimonii esse rationem. Ita eleganter Ulpianus *in d. l. ex facto* 35. *pr.* & §. 3. 5. *ff. h. t.*

24. Quod si sine re certa instituantur, interest iterum, an omnes sine partium assignatione vocati sint, an omnes cum partibus, an denique ita, ut quibusdam partes datæ sint, alii sine parte scripti inveniantur. Si enim omnes sine partibus instituti sint, si quidem una oratione, veluti, *Titius*, *Mævius & Sempronius heredes sunto*, vel etiam singuli separatis, sed tamen uniformibus seu ejusdem tenoris orationibus, puta, *Titius heres esto*, *Mævius heres esto*, *Sempronius heres esto*, in æquales portiones censentur omnes vocati, ita ut in propositis hisce institutionis formulis quisque trientem capere debeat, *l. quotiens* 9. §. *heredes* 12. *ff. h. t.* §. *si plures* 6. *Instit. h. t.* Idemque definitum, si quis heredes ita instituerit, *Titius ex parte prima*, *Sejus ex parte secunda*, *Mevius ex parte tertia*, *Sulpicius ex parte quarta*, *heredes sunto*; quia testator appellatione numeri, scripturæ magis ordinem, quam modum partibus imposuisse videtur, *l. si quis heredes* 14. *ff. h. t.* At si pluribus orationibus, sed difformibus, plures sine parte scripti sint, dum quibusdam orationibus singuli, quibusdam bini vel plures simul vocantur, verbi gratia, *primus & secundus heredes mihi sunto*, *tertius heres esto*, *quartus heres esto*, *quintus & sextus heredes mihi sunto*, hoc in casu quotquot una oratione conjuncti sunt, respectu cæterorum separatim institutorum conjunctim tantum pro una persona habentur, & simul tantum unam parcipiunt partem; adeoque in superioris formulæ specie primus & secundus simul quadrantem, tertius quadrantem, quartus quadrantem, quintus denique & sextus simul ultimum quadrantem capere debent, *l. Attius* 11. *l. interdum* 13. §. *sed si duos* 5. *l. item quod* 17. §. *sed si expleto* 4. *in fine*, *l. Lucius Titius* 33. *l. liber homo* 59. §. *Titius heres* 2. *ff. h. t.* Sed &, si quis filium & nepotes, vel fratrem & fratris filios, vel Mævium extraneum & Titii filios heredes scripserit, dimidium filius, vel frater, vel Mævius, alterum dimidium nepotes, vel fratris filii, vel filii Titii, collectivo nomine vocati habent, *l. interdum* 13. *ff. h. t.* Et si maritus uxorem suam & cognatos suos instituerit, uxori semis, cognatis jus successionis ab intestato habentibus alter semis cedere debet. Idemque est, si maritus, ultimo forte superstes, suos & uxoris suæ cognatos vocet; sic ut omnes cognati mariti pro una videantur persona habendi, & ita quoque simul omnes cognati uxoris, *arg. d. l.* 13. *ff. h. t.* Carpzovius *defin. forens. par.* 3. *const.* 9. *defin.* 15. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 229. incipit, *gesien by den onderges. de testamentaire*, *pag.* 449. Nisi in omnibus hisce casibus voluntas testatoris sit perspicua, quod omnes in viriles partes admittere voluerit, dum vel vocabulum *æque* adjecit, *l. si inæqualibus* 12. *l.* 13. *pr. l. si ita quis* 66. *ff. h. t.* vel aliæ quædam adsunt conjecturæ, ex quibus id deduci potest, quales occurrunt in *l. Lucius Titius* 83. §. *Lucius Titius* 6. *ff. de legatis* 2. *l. quidam* 5. §. *ult. l.* 6. *l.* 7. *ff. de rebus dubiis.*

25. Si omnibus institutis partes assignatæ sint, veluti triens, quadrans, singulis cedet quod datum est, & si partes omnes simul junctæ assem seu duodecim uncias haud absumant, singulis pro rata quod superest accrescit: sin assem excedant, decrescit singulis, §. *videamus* 7. & 8. *Instit. h. t. l. interdum* 13. §. 2. & *seqq. ff. h. t.* Sed si quibusdam partes hereditatis datæ, alii sine parte heredes scripti sint, quotquot sine parte instituti sunt, omnes pro una habendi persona, iisque applicandum quicquid testator ex asse vacuum reliquit, inter ipsos perinde dividendum, ac si illa pars vacans assem totum faceret, ac ipsi soli sine parte heredes ad illum assem vocati essent: adeoque, si ad partem vacantem vocatum ponas Titium & Mævium, singulis partis vacantis semis cedit; & si Titium & Mevii filios in parte necdum assignata institutos concipias, semissem portionis, quæ restat, Titius, semissem filii Mævii quotquot fuerint, capere debent, §. *si plures* 6. *Instit. h. t.* junct. *l. interdum* 13. *in pr. ff h. t.* Si nulla pars assis supersit, ad dupondium recurritur, ita ut cum partibus instituti semissem hereditatis, sine partibus scripti semissem alterum ex testamento accipiant; aut si testator assignatione partium assem excesserit, sine partibus scripti illud habeant, quod ex dupondio seu viginti quatuor unciis reliquum est, *d.* §. 6. *Inst. h. t. l. Sabinus* 18. *l. ex unciis* 87. *ff. h. t.* dupondio vero consumto per partium assignationem, ad tripondium deveniendum est; quo tamen casu dupondium non ita duplicatur, ut in tripondio essent unciæ quadraginta octo, sed tantum alius as seu duodecim unciæ dupondio adjiciuntur, sic ut tripondium contineat uncias triginta sex, & consumto dupondio scripti sine parte heredes non dimidiam, sed tertiam hereditatis partem inter se sint divisuri. Eademque quadripondii constituendi ratio est, *l. item quod* 17. §. *ult. ff. h. t.* Et hæc obtinent, si simpliciter unus aut quidam ex pluribus sine parte scripti sint: nam si consumto, non tamen superato asse vel dupondio, testator caverit, *ut Titius ex reliqua parte heres sit*, nulla ex parte Titius heres erit, quia nihil superest, nec ad dupondium aut tripondium recursus fit, *d. l. item quod* 17. *sed si asse* 3. *l. qui non militabat* 78. §. *ult. l.* 79. *l.* 80. *ff. h. t.*

26. Varias porro Institutionum formulas alias, earumque vim & interpratationem, colligere licet ex *l.* 9. §. 14. 15. *l.* 13. §. 5. 6. 7. *l.* 14. *l.* 15. *l.* 21. *l.* 24. 25. 26. *l.* 28. *l.* 36. *l.* 37. *l.* 47. *pr.* & §. 1. 2. *l.* 53. *l.* 59. §. 1. 2. 5. 6. 7. *l.* 66. *l.* 78. §. 1. 2. 3. *l.* 79. *l.* 80. 81. *pr.* & §. 1. *l.* 87. *ff. h. t. l. si ita scriptum* 13. *ff. de liberis & posthum. l. ult. C. de impub. & aliis substit.* Sed cum moribus hodiernis passim invaluerit, unumquemque posse pro parte testatum mori, hinc ex re certa, vel semisse, vel triente institutus, nullo dato coherede, nil præter rem aut partem sibi assignatam ex testamento capit, reliqua heredibus ab intestato cedunt, si non alia satis evidens voluntas testatoris in contrarium appareat, Groenewegen *ad* §. 5. & *seqq. Inst. h. t.* Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 8. *Inst. h. t. n. ult.* & alii plures ab his citati; ac proinde etiam jus accrescendi inter coheredes testamentarios non ultra hodie locum habet, quam quatenus probabilis voluntas testatoris hoc inducit, de quo latius *ad tit. de acquir. vel omitt. hered.*

27. Observandum tamen, institutiones quasdam in jure reprobatas esse; puta, si perplexæ sint, ut exitum invenire nequeant, dum testator cavet, *si Titius heres erit*, *Mævius heres esto*, *si Mævius heres erit*, *Titius heres esto*, *l. si Titius* 16. *ff. de conditionibus institutionum.* Secus, quam obtineret si scriptum esset, *si Titius heres erit*, *Sejus heres esto*, *Titius heres esto*:

tunc enim adeunte Titio, Sejus quoque heres erit, *l. servus alienus* 3. §. *si quis ita* 2. *ff. h. t.* Similiter institutio pro nunc facta habetur, si heredes instituantur tali designatione aut demonstratione, quæ contumeliæ causa addi solet, *l. quotiens* 9. §. *si quis nomen* 8. *ff. h. t.* quæ tamen contumeliosa designatio distat ab institutione cum elogio seu maledicto; quippe quam subsistere Marcianus docet; veluti, cum testator ait, *filius meus iniquissimus, male de me meritus, heres esto*; idque, quia testator hac exprobratione videretur institutum ad meliorem mentem & pœnitentiam commissorum reducere velle, pariterque significare, eo magis illud beneficii accepti reum esse, quod nullis benemeritis, nulloque obsequio, testatoris munificentiam in se provocavit, *l. his verbis* 48. §. *illa* 1. *ff. h. t.*

28. Captatoriæ quoque institutiones inutiles sunt, ita dictæ, quod testator iis non tam suam videatur voluisse hereditatem instituto relinquere, quam potius ipsius instituti successionem sibi acquirere, & ita lucrum captare; hac fere formula adhibita, *ex qua parte Titius me heredem scribet, ex ea parte heres esto*: unde & tales institutiones collatæ dicuntur in secretum alienæ voluntatis, *l. captatorias* 70. *ff. h. t. l. captatoria* 64. *ff. de legatis* 1. *l. captatorias* 11. *C. de testam. milit.* Neque interest, utrum collatæ sint in secretum voluntatis ipsius instituti, an vero tertii: qua ratione captatoris etiam, adeoque reprobatis ex Senatusconsulto institutionibus accensitum, si testator disponat, *ex qua parte Titius me heredem instituet, ex eadem Sempronius mihi heres esto*; vel *ex quarta parte Titius Sempronium heredem instituet, ex ipsa mihi heres esto*, *l. illa autem* 71. §. 1. *ff. h. t.* Dummodo meminerimus, has demum haberi pro captatoriis, quæ in alienæ voluntatis futuræ, adeoque adhuc declarandæ, secretum collatæ sunt; non item eas, quæ in præteritam instituti tertiive voluntatem concipiuntur: ac proinde ratum fore, si testator dixerit, *ex qua parte Titius me heredem scripsit in suo testamento jam condito, ex ea parte heres esto*; vel *ex parte me Titius jam ante scripsit heredem, ex ea Mævius heres esto*; quo tamen casu nihil ad institutum perveniet, si non appareat, testatorem aliqua ex parte ab illo instituto, vel tertio, jam ante fuisse testamento vocatum, quasi deficiente in præteritum concepta institutionis conditione. *l. circa eos* 2. *l. illa autem* 71. *ff. h. t.* Unde si testator plures instituerit, collata institutione in secretum voluntatis præteritæ singulorum institutorum, veluti, *Titius & Sejus, quanta quisque eorum ex parte heredem me habuerit scriptum, heres mihi esto*, is quidem, qui testatorem suum heredem jam scripserat, tantum in partem ei heres erit; qui autem eum non scripserat, nec ad hereditatem ejus admittetur, *l. hos art.* 29. *ff. h. t.* Ad tales autem institutiones in præteritam alterius voluntatem collatas referenda quoque facti species in *l. Clemens patronus* 81. §. 1. *ff. h. t.* dum testator caverat, *quanta ex parte me a Titio heredem institutum recitarem* (si scilicet Titius nunc mortuus esset) *ex ea parte Sempronius mihi heres esto*. Longe minus Senatus illas institutiones improbavit tanquam captatorias, quæ mutuis affectionibus judicia provocarunt, *d. l. captatorias* 70. *ff. h. t.* veluti, si duo pluresve uno eodemque tempore iisdem in partibus se invicem heredes scripserint: adeo ut inter milites non modo tales dispositiones testamentariæ, sed & pactiones admissæ fuerint, *l. licet inter* 19. *C. de pactis*, quod & hodie frequens inter conjuges, simul ita testantes, aut tabulis antenuptialibus paciscentes, ut superstes, præmorienti ex parte vel ex asse heres sit. Confer de captatoria institutione Ant. Fabrum *C. lib.* 6. *t.* 6. *de hered. inst. defin.* 11. Cujacium *lib.* 16. *observ.* 11. & 39. Fachineum *controvers. lib.* 12. *c.* 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. Peregrinum *de fideicommissis art.* 33. *n.* 60. & *seqq.* Franciscum de Barry *de succession lib.* 2. *tit.* 5.

29. Denique ratæ non habendæ institutiones illæ, quæ directo in arbitrium tertii collatæ sunt, veluti, *si Titius voluerit, Mævius mihi hæres esto*, vel *quos Titius voluerit, heredes mihi sunto*; cum satis constanter veteres decreverint, testamentorum, atque adeo etiam institutionum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere, *l. illa institt.* 32. *l. si quis Sempronium* 68. *ff. h. t. l. nonnunquam* 52. *ff. de condit. & demonst.* Quia tamen novum in jure nostro non est, ut expressa noceant, non expressa non noceant, hinc etiam obtinuit, ut oblique in arbitrium tertii, tanquam in conditionem, collata voluntas sustineatur, veluti, *si Titius in Capitolium ascenderit, Mævius heres esto*; cum utique in potestate sit Titii, utrum ascendendo in Capitolium velit Mævium heredem efficere, an hoc omittendo eundem excludere, *d. l.* 68. *ff. h. t. d. l.* 52. *ff. de condit. & demonst.*

TITULUS VI.

De vulgari & pupillari substitutione.

SUMMARIA.

1. *Quæ sit ratio introductæ substitutionis, & quid illa sit, & quot substitutionum gradus fieri possint?*
2. *An substitutus substituti etiam sit substitutus primi instituti?*
3. *Substitutio in dubio præsumenda magis directa quam fideicommissaria. Directa vel pura vel conditionalis est? Quando censeatur conditionalis esse? Quando substituto locus fiat tum in pura, tum in conditionali?*
4. *An substituto potiores sint heredes ejus, qui ante aditionem mortuus, adeundi facultatem ex aliquo jure ad heredes transmisit?*
5. *An filiofamilias instituto & nolente adire, pater ejus adire volens substituto potior sit?*
6. *An coheres ex jure accrescendi præferatur substituto?*
7. *Substitutus potior est instituto, si institutus sit servus a domino obærato ut heres necessarius. Concurrit cum instituto, cum testator servum instituit, quem putabat liberum esse.*
8. *An substituto locus fiat, si institutus ab ipso testatore vel a lege indignus declaratus sit? & quid moribus?*
9. *Substitutio quadruplex est, vulgaris, pupillaris, quasi pupillaris, & militaris. Reciproca & compendiosa non differt a superioribus, nisi formula.*
10. *Quid sit substitutio vulgaris? Unus pluribus, plures uni, singuli substitui possunt. Si instituti sibi invicem substituantur, quales in substitutione*

partes habere debeant? An tunc conditiones institutioni additæ censeantur repetitæ in substitutione? An ex vulgari substitutione suus heres ex necessario voluntarius fiat?

11. *An substitutio vulgaris tacita contineatur sub expressa pupillari?*

12. *An substitutio vulgaris facta in casum, si institutus* heres esse noluerit, *tacite contineat casum alterum*, si heres esse non potuerit, *& vice versa?*

13. *An substitutus in casum*, quo liberi testatoris nascituri vivo testatore morientur, *etiam capiat hereditatem, si nulli unquam liberi testatori nati fuerint?*

14. *Evanescit vulgaris substitutio ante testatorem moriente: item aditione per institutum facta. Quid si institutus non ex testamento, sed ab intestato adiverit? Quid juris in substituto, si institutus minorennis, qui repudiaverat, postea in integrum restituatur? An, si institutus adiverit hereditatem, & postea contra aditionem restituatur, substitutus admitti debeat, an magis heredes legitimi?*

15. *Vulgaris substitutio adhuc omnino in usu est. An is, cui verbis directis vulgariter substitutum est, si adiverit, censeri debeat gravatus fideicommisso de hereditate post suam mortem substituto vulgari restituenda? Si ita gravatus intelligatur, substituti electionem habent, an ex jure directa substitutionis, an ex fideicommisso heredes esse velint, si institutus repudiet: & quis in eo usus sit?*

16. *Quid sit pupillaris substitutio? Quis eam facere possit? An & mater? Quibus liberis fiat? An & quo usque adrogatis per adrogatorem? An liberis exheredatis? An & liberis a patre præteritis? Quid juris, si pater pupillariter substituerit liberis natis aut posthumis in gradu primo præteritis, in secundo exheredatis?*

17. *An, & quando substitutio pupillaris tacita contineatur sub expressa vulgari, quando non? Quando reciproca liberorum substitutio vulgarem tantum, quando etiam pupillarem complectatur? An vulgaris expressa impuberi facta contineat etiam pupillarem tacitam, si impubes moriatur matre superstite?*

18. *Cum* novissimo morienti *substituitur, an tunc instituti etiam sibi invicem substituti intelligantur? An & substituto tunc locus sit, cum omnes instituti simul uno casu pereunt, nec apparet, uter alteri superstes fuerit? Et quid juris, si pater voluerit, ejus filii, qui novissimus morietur, partem hereditatis propinquo restitui.*

19. *Non valet substitutio pupillaris, nisi pater sibi quoque testamentum faciat, vel alio tempore anteriore, vel eodem tempore, licet tunc ordo scripturæ conversus sit; non item posteriore. An sibi scriptum, filio nuncupativum possit testamentum facere? An & in privilegiato testamento pupillaris substitutio fieri possit?*

20. *Quot pater possit impuberi substituere pupillariter? An extraneos, præterita matre & fratre pupilli? Si pater eosdem filios, quos sibi, heredes scripserit, quales ex substitutione partes habituri sint? An ad substitutionem admittendi, si patris hereditatem repudiaverint? An & heres vel pater vel dominus ejus, qui institutus fuerat, ac substitutus, & patris hereditatem adiverat? Quales partes ex substitutione capere debeant, si pater eosdem, quos sibi, & Sempronio filios substituat?*

21. *Quando sola sui heredis existentia confirmet tabulas pupillares, licet suus se non miscuerit, sed abstinuerit? Quando ex adverso aditione hereditatis paternæ opus sit ad pupillaris substitutionis confirmationem?*

22. *Substitutus qualia bona acquirat ex substitutione pupillari? An possit separare hereditatem patris ab hereditate impuberis, & paterna repudiata adire eam, quæ impuberis est?*

23. *Evanescit pupillaris, si impubes vivo patre moriatur, aut aliter desinat in ejus potestate esse. Quid juris, si pater substituens, aut impubes, aut uterque, ab hostibus capiatur, & ibi decedat vel postliminio revertatur?*

24. *Quando tabulæ pupillares corruant propter infirmatum paternum testamentum, per distinctiones traditur.*

25. *Perit etiam substitutio hæc pubertate, vel tempore breviore speciatim apposito. An ultra pubertatem facta sustineatur jure fideicommissi ex jure civili?*

26. *Moribus hodiernis pupillaris substitutio ultra pubertatem facta sustinetur jure fideicommissi, sive a patre sive a matre sive ab extraneo facta sit, nec se extendit ultra bona substituentis, licet impubes moriatur intra pubertatem, & substitutio a patre facta sit.*

27. *Quid sit quasi pupillaris substitutio? An & mutis ac surdis liberis fieri possit? An & prodigis?*

28. *An furiosis impuberibus pater aut mater exemplariter substituere possit? An liberi parentibus furiosis?*

29. *An liberis ulterioris gradus? An adrogatis? An naturalibus a patre vel matre?*

30. *Exemplariter substituens debet etiam sibi testamentum facere, & liberos, quibus substituit, saltem in legitima instituere: liberi etiam tales esse debent, ut sibi potuissent post mortem substituentis testamentum condere, si furor non impediret: denique substituendi liberi, aut fratres ejus, qui furiosus est; ac his demum deficientibus extranei.*

31. *Probatur, non sufficere, quod quidam ex pluribus liberis aut fratribus furioso substituantur: sed omnes quotquot sunt, substituendos esse liberos, & his deficientibus fratres; licet forte quidam in furiosum ingrati fuerint.*

32. *Cur non fuerit exactum, ut pater vel mater furiosi filii exemplariter ei substitueretur? Et an hoc cum humanitatis ratione conveniat?*

33. *Qualia bona capiat exemplariter substitutus, sive solus pater, sive sola mater, sive parens uterque ita furioso substituerit? Quid moribus hodiernis operetur hæc substitutio?*

34. *Quibus modis evanescat hæc substitutio? Si furiosus post dilucidum intervallum iterum in furorem relabatur, an substitutio reviviscat? An non saltem parentes tunc de novo possint exemplariter substituere?*

35. *An infirmetur hæc substitutio, si postea nascan-*

tur liberi aut fratres, qui furioso substituti non sunt?
36. *Quid sit militaris substitutio?*
37. *Ubi plura tractentur, quatenus substitutiones directa sustinentur bodie jure fideicommissi?*

1. MIserum ac quodammodo ignominiosum esse Romani censuerunt, patremfamilias civem Romanum sine herede decedere; & vel ipsius reipublicæ visum interesse, ut suprema morientium elogia effectum sortiantur; ac proinde, ne instituto deficiente corrueret in totum voluntas testatoris, neve testator aut nullos haberet sibi successores, aut sæpe tales, quos minime voluerat, excogitata fuit substitutio, per quam plures fiunt heredum gradus, idque arbitrio testatoris in infinitum, quatenus nunquam tot inveniuntur facti gradus substitutionum, quin plures testator potuisset superaddere, si voluisset; substituto etiam in subsidium servo proprio herede necessario, ubi nullus alius sponte venire voluit ad suspectam defuncti hereditatem, *pr. Instit. de vulgari subst. l. potest quis* 36. *ff. b. t.* Sic ut substitutio in genere, quatenus institutioni in specie sic dictæ opponitur, sit secundi vel ulterioris heredis institutio in locum prioris deficientis, *d. pr. Inst. l.* 1. *l. potest* 36. *l. ex facto* 43. §. *Lucius* 2. *ff. b. t. l. æquissimum* 2. §. *si prius* 3. *ff. de bonor. poss. sec. tabul.* requirens omnino præcedentem heredis primi institutionem, in cujus deficientis locum substitutus succedat: excepto casu, quo pater filio impuberi exheredato substituit pupillariter: non enim tali filio est delata paterna hereditas, adeoque substitutio talis non secundi, sed primi heredis institutio est, non in casum deficientis heredis, sed impuberis intra pubertatem morientis concepta.

2. Quod si testator plures substitutionum gradus fecerit, substitutus substituti etiam est substitutus primi instituti; adeo ut, si primum & secundum instituerit, ac dein secundum primo substituerit, secundo denique tertium, tertius non modo ad secundi, sed ad primi deficientis partem admittendus sit, *l. si Titius* 27. *l. coheredi* 41. *ff. b. t.* §. *sed si instituto* 3. *Instit. de vulg. substit.* Anton. Faber *C. lib.* 6. *tit.* 8. *defin.* 13. 14. Joh. Papon *lib.* 20. *t.* 3. *arrest.* 2. Nec huic contrarium est Scævolæ responsum in *l. qui babet* 47. *ff. b. t.* Non enim ibi una snbstitutio est per plures gradus facta, nec filiæ, tanquam filio substitutæ mater & soror altero substitutionis gradu substituta fuit; sed duæ separatæ pupillares continentur substitutiones, altera filio impuberi instituto, altera filiæ impuberi exheredatæ facta, sic ut filiæ exheredatæ mater & soror primo substitutionis gradu surrogata, filio vero instituto ipsa filia exheredata primo loco substituta fuerit, & tantum ex accidenti sit, quod filio instituto filia talis substituta fuerit, quæ itidem a patre suo jure patriæ potestatis, per exheredationem haud extinctæ, substitutum acceperat, non qua substituta, sed qua proxima in potestate patris sui exheredantis. Cui consequens erat, matrem & sororem non admitti ad hereditatem filii morientis demum post mortem filiæ, quippe cui filio nec immediate, nec mediate fuerant substitutæ.

3. Substitutio alia directa est, alia obliqua seu fideicommissaria, de qua *ad t. de Senatusc. Trebell.* videturque in dubio illa facienda substitutionis interpretatio, ut magis directa quam fideicommissaria intelligatur; cum heres in obscuris quam minime gravandus sit, & minus per directam facilius evanescentem, quam per fideicommissariam gravetur, Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 5. *t.* 1. *n.* 3. *& seqq.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *c.* 6. *n.* 2. *& plures ab eo cit.* Adde *n.* 15. *b. t.* Est autem hic potissimum agendum de directa, quam licet recte dixeris vel puram vel conditionalem esse, ad exemplum institutionis in specie sic dictæ, ipsi tamen substitutioni in se consideratæ semper, & ex natura sua, casus seu conditio inest, puta, *si institutus* (aut saltem is, cui substituitur) *defecerit.* Ut proinde tum demum conditionalis sit futura, cum præter illum casum, substitutioni substantialem, extrinsecus alia quæpiam ei conditio adjecta fuerit; veluti, *si Titius beres non erit, Mævius beres esto, si navis ex Asia venerit, l. qui liberis* 8. *l. ult.* §. 1. *ff. b. t.* Atque hinc est, quod tam in pura quam conditionali substitutione non ante substitutus admittitur, quam si intrinseca substitutionis conditio extiterit, id est, institutus defecerit, *l. quamdiu* 3. *l. quamdiu* 69. *ff. de acquir. vel omitt. ber. l. cum in testamento* 37. *ff. de bered. inst. l. denique* 4. *ff. de injust. rupt. irrit. fact. testam.*

4. Quin imo, si institutus hereditatem quidem haud adierit, sed tamen testatori supervixerit, adeoque hereditas ei ita delata sit, ut eam adire, & adeundi facultatem etiam ex jure deliberandi ad heredem transmittere potuerit, ac mortalitate ante aditionem superveniente transmiserit non aditam, magis est, ut heredes ejus aditionis jus in se translatum exercere possint cum substituti præjudicio & exclusione, ex præscripto *l. cum in antiquioribus* 19. *C. de jure deliber.* cum enim tali in casu heredes ejus, qui institutus ac testatori superstes fuerat, non ex suo sed instituti defuncti capite hereditatem adeundo acquirant, non potest videri institutus defecisse, qui per suos heredes repræsentatus ad delatam sibi accessit successionem; præsertim, cum Justinianus aperte satis substitutum postponat in *l. unic.* §. *cum autem* 13. *C. de caducis tollend.* Nam cum in ejusdem legis unicæ §. 5. dixisset, *bereditatem, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant, nec nos patimur; exceptis videlicet liberorum personis, de quibus Theodosiana lex super bujusmodi casibus introducta loquitur: bis nibilominus, quæ super bis, qui deliberantes ab bac luce migrant, a nobis constituta sunt, in suo robore mansuris;* subjungit deinceps in *d.* §. 14. *cum autem in superiore parte legis non aditam bereditatem minime nisi quibusdam personis, ad beredes defuncti transmitti disposuimus, necesse est, si quis bereditatem solidam non adierit, banc, si quidem babeat substitutum, ad eum pervenire:* adeoque tum demum voluit substituto locum esse, cum institutus neque adivisset, neque hereditatem non aditam in casibus exceptis ad heredes transmisisset, atque ita alium sua transmissione non effecisset ejusdem secum juris ac potestatis, Gomezius *variar. resol. tom.* 1. *cap.* 3. *n.* 15. *in fine*, Donellus *Comment. jur. civilis lib.* 6. *cap.* 24. *fere in fine*, vers. *ut intelligitur*, Fachinæus *controvers. libr.* 4. *cap.* 62. Nec recte cum Vinnio *ad* §. *ult. Inst. de vulg. substit. num.* 2. *post med.* verba dicti §. 13. restrinxeris ad transmissionem, quæ jure suitatis fit, aut qua liberi ex consti-

tutione Theodosii hereditatem paternam ad suos transmittunt descendentes. Nam cum in §. 13. Imperator sese referat ad ea, quæ de hereditatis transmissione dixerat in superioribus, & in §. 5. non minus confirmaverit transmissionem ex jure deliberandi, sua constitutione introductam, quam eam, quæ ex jure suitatis, aut ex Theodosii constitutione profluebat; absurdum fuerit, aliud in una quam altera transmissionis specie quantum ad substituti exclusionem statuere sine ulla probabili ratione, vel lege.

5. Sed & si filiusfamilias heres institutus sit, ac hereditatem adire recuset, pater eandem adire potest, sibique pleno jure habere, ex præscripto *l. ult. C. de bonis quæ liberis*, excluso substituto. Cum enim jure veteri filiusfamilias heres institutus, hereditatem in totum suo patri acquireret ex jure patriæ potestatis, & hoc jus non aliter sublatum, aut patri ademtum appareat, quam si filiusfamilias ex novo Imperatoris Justiniani beneficio voluisset sibi proprietatem acquirere, neutiquam vero patris jura diminuta fuerint, si inde commodum filio non quæreretur; consequens est, ut in casu, quo filius non vult heres esse ejus, a quo institutus est, res ex jure antiquo decidatur; quod tale fuit, ut tum demum substituto locus esset, si institutus, qui vel tempore institutionis vel postea alieno juri subjectus fuit, neque ipse heres sit, neque alium, in cujus potestate est, ex vi illius potestatis heredem fecerit, *§. ult. Inst. de vulgari substitut.* Tantoque magis hæc admittenda, si cogites, *legem ultimam C. de bonis quæ liberis*, biennio integro & quod excurrit, latam esse ante conditas Institutiones, quippe quæ suam accipit interpretationem ex *lege pen. C. qui testamenta facere poss.* quam ipsam *legem penultimam* amplius quam biennio ante institutiones editam fuisse, patet ex collatione subscriptionis *d. legis penult.* & *proœmii Institutionum*: unde vix ulla dubitatio esse potest, quin Imperator in Institutionibus adnotans, illa verba *si heres non erit*, in eo, quem alieno juri subjectum esse testator scit, sic accipi, *si neque ipse heres erit; neque alium heredem fecerit* etiamsi ad suam recentem respexerit constitutionem, in *d. l. ult.* comprehensam, de hereditate patris in totum acquirenda, si filius eam crediderit respuendam esse; cum eo tantum in casu filiusfamilias patrem heredem efficiat; alioquin adeundo ipse heres fiat; & filio repudiante pater inpleno jure dicatur capere hereditatem, *quasi ipse ab initio fuisset heres institutus*, ut habet *d. l. ult. §. similique 2. C. de bonis quæ liberis*. Nec est, quod objicias, ita futurum, ut filiusfamilias patrem sua repudiatione efficiat heredem. Non enim filius repudiasse intelligitur, ubi pater, qui eadem cum filio suo persona est, adire voluit, ac re ipsa adivit, & quidem jure eodem, quo & filius ipse sine patris voluntate adivisset, si pater noluisset in aditionem consentire, *d. l. ult. in pr. C. de bonis quæ liberis*. Minus movet, quod ajunt, substitutum expressa vocatum esse testatoris voluntate, patrem vero ex sola legis dispositione, dum lex talem formulæ substitutionis sensum dedit. Aliter enim judicabit, qui consideraverit, testatorem, non ignarum, quid denotent in filiofamilias instituto verba illa *si heres non erit*, hoc ipso, quod filiumfamilias instituit, voluisse etiam, ut patri jure potestatis hereditas acquiratur; ac si id noluisset, aliter potuisse testamento cavere, collata in conditione emancipationis institutione, ac subjuncta substitutione, Michael Grassus *de succession. §. substitutio, quæst.* 9. *n.* 4. Zoesius *ad tit. Pand. de acquir. hered. n.*50. *dissent.* Fachineus *controvers. lib.* 4. *cap.* 63. Ant. Faber *de error. pragm. decad.* 53. *err.* 7.

6. An autem coheres quoque ex jure accrescendi substituto præferri debeat, ex circumstantiarum varietate sæpe dijudicandum est. Si enim singulis heredibus separatos subiunxerit substitutos, veluti *Primus & Secundus heredes mihi sunto, si Primus heres non erit, Tertius heres esto, si Secundus heres non erit, Quartus heres esto*, dubium non est, quin primo deficiente Tertius, & Secundo deficiente Quartus, ex substitutione heres fiat, nec aliter coheres admittatur, quam si substitutus nolit aut non possit heres esse, *l. æquissimum* 2. *§. si duo sint* 8. *ff. de bonor. possess. secund. tabul.* Idemque statuendum videtur, etiamsi non ita apertis formulis suam testator mentem expresserit, si modo non in contrarium indicia sint, testatorem voluisse coheredem substituto præferre. Cum enim substitutus ex manifesta testatoris voluntate veniat, coheres vero etiam contra voluntatem ejus ex legis dispositione & necessitate regulæ, non permittentis, ut paganus pro parte testatus, pro parte intestatus esset; ac provisio hominis in materia ultimarum voluntatum provisionem legis impediat, arg. *l. si quis sub* 11. *pr. ff. de testam. tutela*, *l. quamdiu possit* 89. *ff. de reg. juris*, consequens est, ut substitutus conjuncto potior sit. Unde & in *l. unic. §.* 3. 4. 7. *C. de caducis tollend.* substitutus conjuncto per invenitur præpositus ad impediendam caducitatem, sicut etiam ordine præmittitur in *l. ex contractu* 44. *ff. de re judicata.* Quin & aperte Imperator in *nov.* 1. *cap.* 1. *§.* 5. *in pr.* ait, certum esse, quod in casu, quo institutio etiam substitutionem habet, prius ad substitutum volente veniant omnes res; ac illo nolente, tunc ad coheredes. Eoque facit, quod, licet servo communi hereditas relicta vel legatum datum, uni domino in solidum acquiratur, cum alter hereditatis aditionem aut legati acceptationem jubere non vult, aut capax non est, *l. servus communis* 67. *ff. de acquir. vel omitt. hered. l.* 1. *§.* 1. *ff. de usufructu accres.* tamen si servo communi per extraneum instituto substitutus datus sit, & alter dominus aditionem jusserit, portio non jubentis ad substitutum potius, quam ad dominum alterum, ex aditione suo jussu facta heredem effectum, pertineat, *l. ult. pr. ff. d. t.* Plane, si vel affectionis, & sanguinis ratio, vel ipsa substitutionis formula, vel utrumque simul, inducat aliquam probabilem testatoris voluntatem, quod coheredem substituto prælatum voluerit, etiam coheres potior erit. Unde si pater, duos habens filios impuberes, utrumque instituerit, & utrique conjunctim substituerit pupillariter, *si uterque impubes decesserit*, non aliter substitutionem admittendam esse placuit, quam si institutus uterque in prima ætate defunctus sit, *l. pen. C. de impub. & aliis substit.* Sed & si testator dixerit, *Titius & Mævius heredes mihi sunto; si neque Titius neque Mævius heredes mihi fuerint, Sempronius heres esto*, aut *Titius. Mævius & Lucius heredes sunto, quod si illi heredes non erunt, Sempronius heres esto*, aut alio simili modo heredes institutos in exprimendo substitutionis casu conjunxerit, præsumtum fuit, testatorem coheredes voluisse

substituto præferre, arg. *l. quidam testamento* 30. *ff. h. t. d. l. pen. C. de impub. & aliis substit.* Pluribus denique heredibus institutis, & iisdem sibi invicem substitutis, portiones deficientium magis ex jure accrescendi coheredibus cæteris, quam substitutis ex jure substitutionis cedere, patet ex *l. testamento C. de impub. & aliis substit.* sic ut illi, qui suam partem repudiarunt, ad reliquorum itidem repudiantium partes jure substitutionis venire nequeant, quandiu aliquis ex institutione heres est, *l. qui plures* 23. *ff. h. t.* Vide Menochium *de præsumtion. libr.* 4. *præsumt.* 87. Gomezium *variar. resolut. tom.* 1. *cap.* 3. *num.* 26. Perezium *ad tit. Cod. de impub. & aliis substit. numer.* 4. Appendicem det. *post resp. Iuriscons. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 34. *in fine et* 35.

7. Sunt tamen in jure casus, quibus substitutus ne ab ipso quidem instituto excluditur, sed vel una cum instituto concurrit, vel instituto potior est. Si enim servus proprius a suo domino, qui solvendo non est, necessarius heres scriptus sit, eique liber homo substitutus fuerit, antea incipiendum esse a substituto Paulus monet; quia lex Ælia Sentia ita demum ei, qui in fraudem creditorum heres institutus est, conservat libertatem, si nemo alius ex eo testamento heres esse possit, *l. si is qui solvendo* 55. *l.* 57. *ff. de hered. instit.* Et si testator servum alienum instituerit, quem putabat liberum esse, eique, si sibi heres non esset, Mævium substituerit, ac is servus jussu domini adiverit hereditatem, constitutum fuit, substitutum ita in partem admitti, ut *as* (non *alter semis*, ut vulgo legitur, observante post Cujacium Gothofredo *in notis*) inter eum, qui dominus instituti heredis fuerit, & substitutum, æquis portionibus dividatur, *l. si paterfamilias* 40. & 41. *ff. de hered. instit.* §. *ult. Institut. de vulgari substitut.* Quod ita obtinuit; quia incertum erat, utrum testator, si servum esse scivisset, nihilominus fuisset instituturus; an magis eum primo loco scripturus, quem nunc propter errorem voluit substitutum esse. Unde &, si institutum scivisset servum esse, eum substituto præferri oportere, ex jure communi, expeditum est, *d.* §. *ult. d. l.* 40. Sicut ex opposito dominus instituti ne concurreret quidem cum substituto, sed in universum excluderetur, si pateret, testatorem noluisse, ut per institutum hereditas ad alium quemquam pertineret; quæ ipsa tunc non juris, sed voluntatis quæstio est, *l. cum proponas* 3. *C. de hered. instit.*

8. Est & e converso casus, ubi deficiente instituto substitutus tamen non admittitur, utcunque testamenti factione haud careat, neque quicquam admiserit, propter quod hereditate privandus esset; puta, cum institutus vel ex ipso posteriore testatoris judicio, vel ex legis ipsius dispositione, indignus declaratus est; tunc enim hereditas instituto capaci quidem, sed indigno, ablata fisco cedit ex jure communi, *tot. tit. ff. & C. de his quæ ut indign.* Nam cum institutus substitutum exclusurus fuisset, si non aliquo facto improbo sese indignum reddidisset, non est, quod doleat substitutus, sibi non læso in præmium haud cedere pœnam instituti delinquentis, *l. si sequens* 15. *ff. de Senatusc. Silan.* Cumque hoc secundum illam legem etiam tunc obtineat, quando substitutus ultus fuit necem defuncti, ob quam non ultam sese institutus indignum reddiderat, adeoque emendavit vitium instituti; longe magis id probandum erit, ubi tales termini sunt, in quibus factum indignum instituti substitutus nullo modo corrigere potuit aut supplere. Ne dicam, institutum indignum non videri deficere, quia non obstante dignitate heres adeundo efficitur, nec desinit heres esse, licet res relictæ ei auferantur, *l. ex facto* 43. §. *Julius Longinus* 3. *ff. h. t.* Sed cum moribus hodiernis indignis ablata fisco non cedant, sed pro non scriptis habeantur; perinde ac si non indigni sed incapaces essent, qui honorati sunt, & instituto propter incapacitatem deficiente incipit substituto locus esse, *l. unic.* §. 3. 4. 7. *C. de caducis tollend.* rationi conveniens est, ut substitutus nunc in instituti indigni, quasi deficientis, jus subintret, exclusis defuncti heredibus legitimis; quippe qui ex sola legis dispositione venientes cedere debent substituto, ad successionem ex expressa testatoris voluntate vocato.

9. Deficit autem institutus, ut substituto locus fiat, vel antequam heres est, vel postquam heres factus est, sed esse desiit: unde duo substitutionis casus sunt, *vulgaris*, qui & *primus casus* dicitur, vel *non vulgaris*, qui & *secundus casus* appellatur, *l. precibus* 8. *C. de impub. et aliis substit.* ac tres sub se casus complectitur, pupillarem, exemplarem seu quasi pupillarem, & militarem; sic ut in universum quadruplex substitutio sit, cujus species ratione casus, seu conditionis ipsius & personarum, quæ substituunt quibusque substituitur, & effectuum, a se invicem multifariam distinctæ sunt. Reciprocam enim & compendiosam substitutionem quod attinet, illa diversam a vulgari, pupillari, exemplari, ac militari speciem haud constituit, sed potius in iis omnibus locum habere potest; sic ut aliquando vulgarem solam, aliquando vulgarem simul pupillarem, aliquando exemplarem aut militarem efficiat ac complectatur, nec effectu, sed sola verborum conceptione a vulgatis quatuor substituendi formulis distet, *l. jam hoc jure* 4. §. 1. 2. *l. qui plures* 23. *l.* 24. *l.* 25. *l. Lucius Titius* 45. *ff. h. t.* Et quod Modestinus mentionem facit *tertii generis* substitutionis, in *l. jam hoc jure* 5. §. 1. §. *h. t.* id ad eam pertinet substitutionis divisionem, qua in expressam & tacitam dispescitur, juxta principium *d.* l. 4. inter quam expressam & tacitam media quodammodo est reciproca substitutio, atque ita tamquam mixta tertium genus facit.

10. Vulgaris substitutio est, quæ fit a quovis testatore, cuivis instituto, in casum vulgarem seu primum, si institutus heres non erit, *pr. Inst. de vulg. substit.* nec dubium, quin vel unus in locum plurium, vel singuli in locum singulorum, vel etiam ipsi instituti sibi invicem reciproce substitui possint, §. 1. *Inst. de vulgari substit.* Et si coheredes, ex disparibus scripti partibus, sibi invicem substituti sint, nec testator ullam in substitutione mentionem partium habuerit, eas videtur in substitutione partes dedisse, quas expressit in institutione, *l.* 1. *C. de impub. et aliis substit.* §. *& si ex* 2. *inst. de vulg. subst.* nisi alia mens fuerit testatoris; quod vix credendum ait Jurisconsultus, nisi evidenter fuerit expressum, *l. si plures* 24. *in fin. ff. h. t.* Ut tamen evidenter satis expressum intelligatur, si a testatore instituti sibi invicem substituantur cum adjectione novæ personæ quæ instituta non erat, arg. *l. ult. C. de impub.* &

aliis substit. vel nomina propria heredum singulorum inæqualiter institutorum rursus in substitutione repetita sint: personarum enim enumeratio generaliter hunc effectum habet, ut tum in commodis tum in oneribus exæquati videantur, ac viriles partes capiant aut debeant, qui, si nominati non essent, hereditarias partes habituri aut debituri essent, *l. si heredes nominatim* 124. *ff. de legatis* 1. *l. quoties* 23. *l.* 24. *ff. ad Senatusc. Trebell.* Sed & exemplo partium, etiam conditiones in institutiones appositas, videri in dubio repetitas in substitutione, si non aliud suadeant circumstantiæ, monet Christinæus *vol.* 4. *decis.* 13. *n.* 7. eoque facit *lex cum pater* 77. §. *ab instituto* 15. *ff. de legatis* 2. Adde *tit. de condit. institution. n.* 4. Quod si pater filio vel nepoti, *suo* heredi, vulgariter substituerit, id operatur substitutio, ut filiusfamilias ex necessario herede voluntarius efficiatur, nec beneficio abstinendi ex edicto prætoris opus habeat, sed jure proprio sibi a patre concesso eligat, an patri heres esse & oneribus ejus hereditariis illigari velit, an a paterna hereditate abstinere, & ita efficere, ut ad substitutos aut legitimos heredes transferatur adeundi jus; patre scilicet per hanc vulgarem substitutionem renunciante favori pro se per legem introducto, quod filium suum sibi necessarium haberet successorem, arg. *l. suus quoque heres* 4. *l. jam dubitari* 86. *ff. de hered. instit. l. verba hæc.* [illegible]. *ff. de condition. institut.* Vinnius *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 22.

11. Est autem vulgaris hæc vel expressa, quæ vulgata formula concipitur, *si primus heres non erit, secundus heres esto*, vel tacita, qu sub expressa pupillari continetur. Nam uti apud omnes in confesso est, in dubio sub vulgari expressa tacitam pupillarem comprehensam esse, ita ratio nulla sufficiens apparet, cur non expresse pupillari vulgaris tacita vicissim quoque inclusa sit; præsertim cum in D. Marci & Veri constitutione inter primum & secundum casum nulla differentia hac in parte adnotetur, sed generaliter definitum sit, ut, cum pater impuberi filio *in unum casum* (adeoque vel vulgarem vel pupillarem) *substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur, l. jam hoc jure* 4. *ff. h. t.* Cui generali definitioni etiam respondet illud, quod in *d. l.* 4. §. 2. *in med. ff. h. t.* Jurisconsultus ait, in casu, quo filius alter pubes alter impubes est, patrem filio impuberi debere pupillariter substituere; ne alioquin, si puberem & impuberem filium sibi invicem substituat, in casum tantum vulgarem videretur substituisse, dum pupillaris filio puberi fieri non potuit; quando autem pater filio impuberi tunc pupillariter substituit hac formula, si *impubes heres extiterit & intra pubertatem decesserit, filius pubes heres esto*, puberem filium in casum utrumque, seu *utrumque eventum*, videri substitutum, ibidem asseritur, adeoque sub expressa pupillari vulgarem tacite contineri apertissime significatur. Et certe, si pater ita faverit pupillariter substituto, ut post mortem impuberis ad eum non modo a se profecta, sed & alia quæcunque pupillo quæsita, devolvi voluerit; præsumendum longe magis est, patrem voluisse, ut sua saltem hereditas ad substitutum pertineret, si ante patrem impubes moreretur, Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 5. *tit.* 3. Donellus *comment. juri. civil. lib.* 6. *cap.* 24. *fere in pr. versu, alia substitutione*, Bachovius *ad Treutlerum vol.* 2. *disp.* 11. *thes.* 8. *lib. F.* Zoesius *ad pand. h. t. n.* 17. Vinnius *select. quæst. lib.* 2. *c.* 24.

12. Præter hanc tacitam vulgarem est & mixta quædam, quæ partim expressa, partim tacita est. Cum enim vulgaris substitutionis formula, *si heres non erit*, duos in se contineat casus, puta casum voluntatis, *si heres esse noluerit*, & casum potentiæ, *si heres esse non potuerit*, verum est, expresso solo voluntatis casu, etiam casum impotentiæ tacite comprehensum esse, sic ut substitutus in casum, *quo institutus heres esse noluerit*, etiam ad hereditatem vi substitutionis admittatur, si institutus morte vel aliter impeditus non potuerit heres esse; & vice versa, quasi minus scriptum sit, quam dictum aut cogitatum, dummodo non manifestissime refragetur voluntas testatoris. Si enim substitutio in casum mortis concepta, etiam porrigatur ad casum, quo institutus non mortuus, sed aquæ & ignis interdictione ad succedendum inhabilis efficitur, *l. Gallus sic posse* 29. §. *& quid, si* 5. *ff. de liberis & posthum.* si vulgaris expressa pupillarem tacitam, & e converso complectatur, secundum tradita in *num. præced.* si casus circa posthumum competens, *si me mortuo nascatur*, etiam complectatur casum alterum, *si me vivo nascatur*, ex nova Justiniani decisione, *l. ult. C. de posthumis hered. instit.* si denique inserta testamento conditio *emancipationis*, a patre faciendæ, etiam sub se comprehendat casum *deportationis paternæ*, quia utroque modo filius institutus sibi hereditatem acquirit, sublata patria potestate, *l. si mater* 3. *C. de inst. & substit.* negandum non videtur, quin & simili, imo majori, ratione casus expressus, *si heres esse noluerit*, complectatur casum alterum haud expressum, *si non potuerit heres esse.* Constat utique, magnam quantum ad effectus juris diversitatem esse inter vulgarem, & pupillarem substitutionem; uti & inter casum, quo posthumus *mortuo*, & quo posthumus *vivo testatore* nascitur; quatenus præteritio ejus, qui vivo testatore nascitur, non ita paternum rumpit testamentum, quin illud iterum ex jure prætorio convalescere possit, si quasi posthumus vivo testatore rursus decedat, *leg. posthumus præteritus* 12. *ff. de injust. rupt. irrit. test.* semel autem ruptum nativitate posthumi post patris obitum nullo modo restituitur, *l. uxoris* 2. *C. de posthumis hered. instit.* sic ut & eam ob causam inter veteres Jurisconsultos id controversum fuerit, utrum institutus, *si mortuo testatore nasceretur*, etiam videretur institutus, an potius præteritus, *si vivo testatore natus esset*; & id etiam a Pomponio negatum inveniatur in *l. commodissime* 10. *ff. de liberis & posthum.* (quæ tamen sublata per *d. l. ult. C. de posth. hered. instit.*). Cum ex adverso inter casum, quo *institutus heres esse noluerit*, & *quo esse non potuerit*, nulla quantum ad effectus juris diversitas sit, sed casus uterque easdem in substitutione vires habeat, sive institutus noluerit, sive non potuerit heres esse. Adde Manticam *de conject. ult. volunt. lib.* 5. *tit.* 3. *num.* 15. Gomezium *variar. resolut. tom.* 1. *cap.* 3. *num.* 10. Menochium *de præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 65. Perezium *ad tit. C. de impub. & aliis subst. n.* 3. Barry *de succession. lib.* 3. *tit.* 2. *num.* 5. Struvium *ad Pand. exercit.* 33. *num.* 13. Quibus consequens est, frustra quoque a dissentientibus in contrarium adduci *d. l. commodissime* 10. *ff. de liberis & posthumis*, quippe quam contraria lege nova

sublatam esse, jam supra monitum. Præterquam quod hoc ipso, quo illi pro contraria sententia adducunt *d. legem* 10. agnoscunt omnino, argumentum a casu illius legis ad casum nostræ quæstionis recte transferri, adeoque optima ratione a nobis supra petitum fuisse argumentum ex *d. l. ult. C. de posthum. hered. inst.* per quam affirmatum, quod in *d. lege* 10. negatum fuit. Quemadmodum nec stringit in contrarium *l. si ita quis* 21. *ff. h. t.* ubi substitutio impuberi facta pupillariter, si intra decimum ætatis annum moreretur, non extenditur ad casum illum, quo post annum decimum intra decimum quartum moreretur. Quisquis enim ad certum tempus aliquid vel testamento vel contractu disponit, lege non refragante, ejus manifesta voluntas est, quod noluerit, disposita ultra temporis adjecti finem locum habere, uti id in fideicommissis, tutelæ dationibus, servitutibus aliisque plurimis, ex die certo vel ad diem certum relictis, factis, aut concessis constat, §. *in primis* 2. *in fine Instit. de fideicommiss. hæredit.* §. *pen. Institut. quib. mod. tut. finitur, leg. servitutes ipso* 4. *ff. de servitutib.* §. *at si ita* 3. *Inst. de verbor. oblig.* adeoque si ultra tempus adjectum substitutio produceretur, id fieret contra aperte declaratam in contrarium testatoris voluntatem, cum tamen in manifesta testatoris sententia conjecturis locus non sit. At cum ambigitur, an casus unus expressus, *si noluerit*, alterum non expressum, *si non potuerit*, tacite complectatur, de incerta dubiaque testatoris voluntate quæstio est, quæ a legislatore non expresse definita, ex aliis casibus similibus, per leges secundum probabilem testatoris mentem decisis, suam debet accipere determinationem. Unde & inane Vinnii effugium est, *ad pr. Inst. de vulg. substit. num.* 3. *in fine*, ex specialibus Principum constitutionibus hoc esse, quod vulgaris substitutionis casus sub pupillari, quodque casus, *si me vivo* sub casu, *si me mortuo nascatur*, comprehensus sit. Nam cum non omnes articuli singulatim aut legibus aut Senatusconsultis comprehendi potuerint, necesse fuit, ut, quoties unum vel alterum manifesta legis sententia inductum est, is, qui jurisdictioni præest, ad similia procedat, atque ita cætera, quæ ad eandem tendunt utilitatem, vel interpretatione vel jurisdictione sua supplendo jus dicat, *l. non possunt* 12. *l.* 14. *ff. de legibus*.

13. Ex eodem fundamento, si testator liberos nascituros instituerit, & in casum, quo omnes se vivo morientur, alium substituerit, substituto etiam tunc locus erit, cum nulli unquam liberi testatori nati sunt; nisi aperte voluntas testatoris in contrarium concepta sit, dum in suo testamento usus verbis taxativis, substitutionem ad solum casum liberorum nasciturorum iterumque morientium restringentibus: ut tamen ex eo solo, quod testator dixit, *se tali casu substituere*, non videatur satis posse colligi, quod testator extensionem ad casum alium fieri noluisset, sed alia addi necesse sit, ut restringens atque taxans locutio dici possit, quæ extensionem haud pateretur. Confer. Jacob. Coren. *consil.* 4. ibique ingentem catalogum Interpretum in partem utramque sentientium.

14. Evanescit autem hæc vulgaris substitutio, si substitutus ante testatorem moriatur, quippe spem suam ad heredes non transmittens, *l. si ex pluribus* 9. *ff de suis & legit. hered. l. Lucius* 45. §. 1. *ff. h. t.* Gomezius *variar. resolut. tom.* 1. *cap.* 3. *n.* 29. Wissenbach *ad Pand. vol.* 1. *disp.* 58. *n.* 17. *in fine.* Sicut & extinguitur, si institutus adeat hereditatem, quasi deficiente tunc conditione, *si heres non erit*, *l. post aditam* 5. *C. de impub. & aliis substit.* arg. *l. si legata* 6. *C. de legatis*. Quod non ambiguum, si modo institutus aditionem fecerit tamquam ex testamento: nam si omissa causa testamenti ab intestato hereditatem adire maluerit, non ignorans, se testamento vocatum esse, substitutus admittitur; quia verum est, secundum voluntatem testatoris non extitisse heredem, qui institutus erat, sed delatam ex testamento hereditatem repudiatam esse, *l. heres* 3. *C. de impub. & aliis substit.* arg. *l. quamdiu* 69. *ff. de reg. juris*. Quod si institutus hereditatem repudiet, substituto locus fit, isque hereditatem adire potest, etiam cum institutus repudians minorennis apparet: quo tamen adversus repudiationem restituto, substitutus quidem nomine tenus heres manet, ex regula, qua semel heres existens non potest desinere heres esse, *l. ei qui solvendo* 18. *ff. de hered. instit.* sed emolumentum omne hereditatis ad minorem revertitur, sic ut utiles eo nomine habeat hereditarias actiones, *l. ait prætor* 7. §. *sed quod* 10. *in fine ff. de minor. viginti quinque annis*, Adde *d. tit. n.* 24. Quin & e converso, si minor institutus hereditatem adeundo substitutum excluserit, deinceps vero adversus aditionem immixtionemque restituatur, adhuc substitutus vulgaris ad hæreditatem admittitur, exclusis iis, qui ab intestato vocantur: tum quia id apertissime in jure cautum, dum Scævola ait, *ex contractu paterno actum est cum pupilla tutore auctore, & condemnata est; postea tutores abstinuerunt eam bonis paternis, et ita bona defuncti ad substitutum vel ad coheredem pervenerunt, quæritur, an hi ex causa judicati teneantur? rescripsit, dandam in eos actionem, nisi culpa tutorum pupilla condemnata est*, *l.* 44. *ff. de re judicata*. Tum quia restitutio reponit omnia in eum statum, ac si nihil in contrarium fuisset actum, gestum, aut contractum, *l. quod si minor* 24. §. *pen. ff. de minor.* 25. *annis*, adeoque satisfactum non videtur per talem aditionem voluntati testatoris, quæ sine dubio talis fuit, ut substitutus non excluderetur, nisi cum institutus re ipsa heres est. Sed & tertio, quia in *novell.* 1. *cap.* 1. §. 3. hereditas, quæ instituto, & per aditionem heredi facto, ademta erat ob id, quod intra annum non implebat defuncti voluntatem, substituto cedere dicitur; neque ratio apparet, cui minus in heredis adversus aditionem restituti, quam ob talem causam depulsi locum substitutus intraret. Denique etiam, quia, herede proximiore adversus aditionem factam restituto, ad successionem veniunt heredes illi ab intestato, qui per adeuntem exclusi sunt, quique ab initio fuissent heredes, si proximior ab initio hereditatem repudiasset, *l.* 1. §. *si quis adita* 10. *et* 11. *l.* 2. *si bonorum* 10. *ff. de Senatusc. Tertullian.* idque non tantum, si adierint, quibus a lege successio delata fuerat, sed & si in testamento instituti adierint aut immiscuerint sese, & postea per restitutionem rursus absenti sint, *l. et si ex modica* 6. §. *si filius* 2, *et* 3. *ff. de bonis libertor.* Si enim exclusi non maneant, quibus ex lege debita successio, quia ex testamento vel ab intestato priore loco vocatus adierat, sed restitutione impetrata desierat es-

fectu heres esse, licet adhuc nudum *heredis* nomen retineat; longe minus exclusus manere debet substitutus, cui non ex lege, sed manifesto testatoris judicio delata erat hereditas, deficiente eo, quem eventus restitutionis monstravit nolle heredem esse; cum utique favorabiliores sint partes eorum, qui testamento, quam qui ex lege sperant hereditatem, & certum sit, substitutos in successione legitimis præferri. Perperam interim a Zoesio, contrariam sententiam secuto ad *Pand. hoc tit. num.* 13. *in med.* excipitur, in *d. l.* 44. *ff. de re judicata*, non patere, pupillam se immiscuisse hereditati paternæ. Quis enim eam se hereditati paternæ miscuisse neget, quæ ex debito paterno in judicio non conventa tantum, sed & condemnata fuit, sic ut etiam in substitutum aut coheredem ex illa condemnatione judicati actio danda fuerit, si ea sine culpa tutoris secuta sit; præsertim si consideres, rem inter alios actam aliis non nocere, nisi sint tales, qui in locum illius, cum quo lis fuit, subintrarunt. Atque ita etiam in *leg. pen. ff. de auctor. tut.* curator ad evitandam executionem condemnationis in pupillum, auctore tutore conventum de debito paterno, dixisse proponitur, se *abstinere pupillum*, id est, se petere restitutionem ex capite minorennitatis, ut liceat ab hereditate abstinere, ac tali sensu alibi quoque tutores pupillum, qui jam adiverat aut sese immiscuerat, dicuntur *abstinuisse*, id est, petiisse & obtinuisse per restitutionis auxilium abstinendi facultatem, *l. tutores* 61. *ff. de condict. indeb. l. ait prætor* 7. §. *sed quod* 10. *ff. de minor.* 25. *annis*, quod enim nonnullis placet, pupillum, postquam se immiscuit legitimæ paternæ hereditati, adhuc abstinere posse, admittendum non est, ut patet ex iis, quæ traduntur *in tit. de acquir. vel omitt. hered. n.* 33. Neque quicquam ad excludendum substitutum post restitutionem a minore obtentam facit argumentum ex *l.* 2. *ff. de successorio edicto*, ubi, minore restituto, qui tanquam proximus cognatus bonorum possessionem *unde cognati* agnoverat, sequens gradus cognationis non admittitur, sed patrimonium defuncti, tanquam vacans fisco defertur. Atenim ibi de bonorum possessione agitur, quæ præter jus civile cognatis a prætore data est; nec novum, ut præter auxilium largitus ad supplendam omissionem & defectum juris civilis, non eousque illud urgeat & extendat, quo usque remedia civilia produci ac urgeri solent, uti id in constituta pecunia evidens est, si is, cui constitutum, acceptare noluerit oblatam solutionem, nullam habens recusandi causam, ut dixi *tit. de const. pecunia n.* 12. atque ita etiam in successionibus ex jure civili delatis admitti remotiores, ubi proximiores adversus aditionem restituti sunt, tribus legibus in principio hujus numeri adstructum est. Unde &, cum cognati jure novissimo non indigeant prætoria bonorum possessione, sed æque ac agnati ex lege vocentur ad successionem, abrogatam esse dictam *l.* 2. Gothofredus in notis monet. Non etiam obstat *l. ait prætor* 7. §. *sed quod Papinianus* 10. *ff. de minor.* Quod enim ibi proponitur ex sententia Papiniani, *si prius minor adiit hereditatem, & non abstentus est, substitutum pupillo servum cum libertate, non posse heredem existere, neque liberum esse, nisi hereditas solvendo non sit*, id in substituto servo herede necessario singulare est, nec ad alios trahendum substitutos. Necessarius namque heres ille est, qui omnino & protinus a morte testatoris heres fit, §. 1. *Instit. de hered. qualit. & diff.* ac proinde, cum institutus semel adierit, & ita semper nomine saltem heres maneat, substitutus ille servus non potuit necessarius heres fieri ex jure civili, nec etiam prætor ei, quasi emolumentum hereditatis sensuro, utiles ex suo edicto actiones decernere voluit, quia servi persona prætori prorsus incognita erat ratione successionis, arg. *l.* 1. *pr. ff. de jure deliberandi*, sicut etiam ipso jure civili erat incognita extra casum illum, quo dominus eum necessarium scribebat heredem, adeoque ne in illo quidem casu, quo bona testatoris solvendo non sunt, prætor tali servo necessario substituto utiles accommodasset actiones, post restitutionem instituto indultam, nisi id rescripto Principum ita fuisset specialiter inductum, ne servo ad hereditatem non admisso, memoria domini defuncti ex bonorum proscriptione ignominia afficeretur, ut patet ex *d. l.* 7. §. 10. *ff. de minorib.* Ant. Faber *conject. lib.* 3. *c.* 4.

15. Cæterum moribus hodiernis vulgaris substitutio adhuc omnimodo in usu est, ac per omnia sic fieri potest, ut jure civili, eosdemque sortitur etiamnum effectus; Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *c.* 19. Cui consequens est, ut in hac vulgari substitutione verba testatoris directa flecti non debeant in fideicommissaria, sed omnis spes substituti collabatur per aditionem ab instituto factam, nec is intelligatur rogatus esse, ut, quam adeundo acquisivit hereditatem, substituto restituat post mortem suam; nisi verba substitutionis vulgaris talia sint, ut tractum temporis contineant, dum quis Titio instituto Sempronium & Sempronii heredes substituit: tunc enim magis est, ut & Sempronius & heredes ejus substituti videantur in casum utrumque, tum directæ tum fideicommissariæ substitutionis; sic ut Sempronius aut heredes ejus non modo hereditatem adire possint, si Titius institutus heres non sit, sed &, Titio adeunte ac deinceps moriente, desiderare, sibi ex fideicommisso restitui substituentis hereditatem, Anton. Faber *C. lib.* 6. *t.* 22. *defin.* 48. Hern. Kinschot *Responso* 91. *n.* 24. *& seqq.* (*in editione ann.* 1653. Franciscus Kinschot *Respons.* 5. *n.* 24. *& seqq.* Adde Henr. Kinschot *Respons.* 21. *per tot.*) Menochius *lib.* 4. *præsumt.* 71. *n.* 10. *& seqq.* Peregrinus *de fideicommiss. art.* 18. *n.* 16. 17. Respons. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 92. *& par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 194. *n.* 3. 4. 5. Quin imo, electio hoc in casu substitutis videtur competere, an repudiante instituto velint ex directa vulgari substitutione ad hereditatem venire, an potius tanquam fideicommissarii cogere heredem institutum, ut adeat & restituat; si forte minus gravati sint legatis tanquam fideicommissarii, quam tanquam directo substituti, *l. recusare* 6. §. *Titius* 5. *ff. ad Senatusc. Trebell.* Gomezius *variar. resolut. tom.* 1. *c.* 5. *n.* 34.

16. Pupillaris substitutio est, qua pater vel avus paternus liberis impuberibus in potestate constitutis tempore facti testamenti & mortis, aut saltem tempore mortis, si posthumi aut quasi posthumi sint; non emancipatis, nec in alterius potestatem recasuris: substituit in casum, quo heredes erunt, & intra pubertatem vel aliud tempus brevius, (non longius) arbitrio testatoris definiendum, morientur, *l. mo-*

ribus 2. *pr. l. verbis* 7. *leg. in pupillari* 14. *l. si ita quis* 31. *l. coheredi* 41. §. *cum filia* 2. *ff. h. t.* Et quamvis mater dicatur *tabulis pupillaribus* fecisse substitutionem, *l. si mater* 33. *ff. h. t.* non tamen ea pupillaris, sed vulgaris fuit, quippe non concepta in casum secundum, *si impubes heres erit, & intra pubertatem decesserit*, sed in casum primum seu vulgarem, *si sibi heres non erit*; nec alia de causa tabulæ pupillares in ea lege appellantur, quam quia iis substitutio *pupillo* per matrem facta est. Nec interest, utrum liberi impuberes in potestate positi naturales & legitimi sint, an legitimi tantum; qua ratione pater adrogatos filio impuberi adrogato recte substituit, non modo in quarta D. Pii, quæ impuberi ex patrimonio adrogatoris debita est, sed & intuitu aliarum rerum, quas supra quartam pater filio adrogato reliquit, quæque occasione patris adrogatoris adrogato quæsitæ sunt, sic ut eas non habuisset, si adrogatus non fuisset, *l. sed si plures* 10. §. *in adrogato* 6. *ff. h. t.* Et quod dicitur alibi, non admitti substitutionem patris adrogatoris, *nisi forte ad quartam solam, quam ex bonis ejus consequitur*, *l. si adrogator* 22. §. 1. *ff. de adopt.* id non eo pertinet, ut excludantur alia supra quartam a patre adrogatore relicta, vel patris occasione aliunde quæsita, sed magis ad exclusionem eorum, quæ impubes aliunde aut habuit aut etiam post patris adrogatoris mortem acquisiturus est. Etenim cæterorum respectu, quæ aliude abrogato obvenerunt, substituto adrogatori permittenda non fuit; tum quia pater naturalis potuit isti pupillo substitutum dedisse, si is morte patris sui juris effectus adrogatus sit, *l. causa cognita* 40. *ff. h. t.* tum, quia pater adrogator tempore adrogationis factæ cavere debuit personæ publicæ, si intra pubertatem pupillus decesserit, se restituturum bona illis, qui, si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent, §. *cum autem* 3. *Inst. de adoptionibus*, cujus cautionis vis eluderetur, si in illis bonis pupillarem adrogator posset facere substitutionem. Non etiam refert, utrum liberi, quibus pupillariter substituitur, instituti an exheredati sint; cum patria potestas non extinguatur exheredatione, quippe vires demum accipiente, ex quo hereditas per institutos in testamento paterno aditur, §. *non solum* 4. *Instit. de pupill. substit. l.* 1. §. *pen. ff. h. t.* junct. *l. filium, quem* 20. *ff. de bonor. possess. contra tab.* (Adde *tit. de testam. tut. n.* 8.) Nec est, quod dicas, per exheredationem abscissim esse jus suitatis, *l. si quis postbumos* 9. §. *si filium* 2. *ff. de liberis & postbum.* Nam cum non nisi per aditionem exheredatio teneat ac firma sit, secundum jam dicta, etiam jus suitatis ultra mortem patris productum fuit, adeoque filius tempore mortis adhuc in patris fuit potestate positus, quod ad substituendi facultatem sufficiens est, *d. l.* 2. *pr. d. l.* 41. §. 2. *ff. h. t.* Si instes, exheredatum mortuo similem haberi, nullam vero jam mortuis fieri substitutionem *l.* 1. §. *sed & si* 5. *ff. de conjungend. cum emancipato liberis ejus*, advertendum, in quibusdam, non in omnibus illam inter exheredatos mortuosque comparationem esse. Non enim jus patronatus mortuo competere, nulla liberti assignatio fieri, nullum legatum relinqui potest, arg. *l. pen. ff. de his quæ pro non scriptis*, at exheredato legatum a patre dari posse, & liberum ac jure patronatus assignari, patet ex *l. si patronus* 12. §. 1. *ff. de bonis libertor. l. cum quidam* 24. *C. de legatis*, sicut & jus sepulchri familiaris ei competit, ut ipse inferatur, *l. vel quod* 6. *ff. de religiosi.* Non obstat denique, quod ne miles quidem impuberi exheredato substituere possit, ut substitutus alia caperet, quam quæ a substituente profecta sunt, *l. miles ita* 41. §. *exheredato* 4. *ff. de testam. milit.* unde multo minus id pagano licere videatur. Primo enim vox illa, *exheredato*, facilem cum Gothofredo in notis referri potest ad paragraphum præcedentem, sic ut paragraphi tertii finis his verbis, *licet ampla legata reliquerit exheredato*, constet; & deinde paragraphi quarti initium sit, *miles & emancipato &c.* Sed & secundo rectius dixeris, in d. paragrapho quarto non agi de pupillari substitutione, sed potius de ea, quæ jure singulari militibus ex privilegio indulta est secundum *l. in testamento* 6. *in fine C. de testam. milit.* tum quia *d. l.* 41. §. 4. nullam impuberis, sed tantum exheredati vel emancipati filii mentionem habet absque ulla ætatis distinctione: tum etiam, quia nec miles emancipato filio pupillarem potest facere substitutionem, quippe requirentem pro fundamento jus patriæ potestatis in substituente. Ac proinde non aliud velle videtur Thryphoninus in *d. l.* 41. §. 4. quam quod, uti multa alia miles ex privilegio facere potest, paganis interdicta, ita quoque liberis suis exheredatis & emancipatis cujuscunque ætatis substitutionem possit facere militarem, ad eum effectum, ut verba directa substitutionis sustineantur jure fideicommissi, rogatusque intelligatur filius, tum exheredatus, tum emancipatus ut bona restituat a patre milite substituente profecta: eodem modo, quo in *l. centurio* 15. *ff. h. t.* de casu, *quo centurio filiis, si intra quintum & vicesimum annum ætatis sine liberis vita decesserint, directo substituit*, responsum a Papiniano fuit, intra quatuordecim annos etiam propria bona filio substitutum jure communi habiturum: *post eam autem ætatem ex privilegio militum, patris duntaxat, cum fructibus inventis in hereditate.* Non tamen impuberi a patre præterito recte substituitur: cum enim paternum testamentum ex præteritione illa nullum sit, nec substitutio pupillaris valere potest, §. *liberis* 5. *Inst. de pupill. substit.* Quod si filius jam natus a primo gradu sit præteritus, a secundo exheredatus, veluti, *Cajus heres esto, si Cajus heres non erit, Lucius heres esto; filius meus exheres esto; huic Sempronius heres esto*, substitutio rata est, peremto gradu primo, quo filius est præteritus, & testamento vires accipiente a gradu secundo, a quo exheredatus est, *l. ex facto* 43. §. *Lucius* 2. *ff. h. t.* junct. *l. & si peperterit* 3. §. *ult. ff. de liber. & postbum.* Diversum fuit in posthumo, qui in primo gradu præteritus, in secundo exheredatus est: neque enim aliter subtitit, quam si primus gradus, a quo præteritus erat, ante nativitatem ejus aliquo casu defecisset, eo quod nec aliter valuisset exheredatio a gradu secundo facta; cum utique superstitibus quibusdam in gradu primo institutis, posthumus nascendo totum rupisset testamentum, adeoque nec ex eo jam rupto dependere potuissent tabulæ pupillares, *l. nam, etsi* 5. *in fine ff. de injust. rupt. irrit. testam.*

17. Uti autem vulgaris, ita quoque pupillaris substitutio vel expressa est, vel tacita, quæ sub expressa pupillari continetur, dum pater in unum casum substituendo suo filio impuberi, in casum utrumque

substituisse intelligitur, *l. moribus* 2. §. *pen. l. jam hoc jure* 4. *ff. h. t. l. quamvis* 4. *C. de impub. & aliis substit.* nisi miles filio impuberi in potestate constituto vulgariter substituerit, *l. precibus* 8. *C. de impub. et aliis subst.* vel paganis testatoris substituentis voluntas contraria appareat, *d. l.* 4. *C. de impub. et al. substit.* dum alium in casum vulgarem, ac rursus alium in casum pupillarem substitutum fecit, §. *sin autem* 3. *Instit. de pupill. substit.* vel etiam liberos suos institutos sibi invicem substituerit; nam etsi reciproca talis liberorum substitutio & vulgarem & pupillarem complectatur, quoties omnes sibi invicem substituti tales sunt, ut & pupillaris substitutio in iis locum habere possit; tamen si inter eos nonnulli reperiantur, quibus fieri nequit substitutio pupillaris, sola vulgaris facta censetur, etiam eorum intuitu, quibus alioquin pater pupillariter substituere non prohibetur; ne una substitutionis formula diversos effectus producat in iis, quibus simul uniformis substitutio facta est; veluti si filium puberem & impuberem, vel impuberem suum & emancipatum aut naturalem tantum, vel filium impuberem & extraneum instituat, & hos sibi invicem deinceps substituat; cum expeditum sit, neque puberi, neque emancipato vel naturali filio, neque heredi extraneo, pupillarem posse fieri substitutionem, *l. jure hoc jure* 4. §. 2. *l. Lucius Titius* 45. *ff. hoc tit. l. hereditate* 2. *l. quamvis* 4. *C. de impub. et aliis substit. leg. in testamento* 6. *C. de testamento milit.* Sed & ex humaniore sententia substitutio vulgaris expressa pupillo a patre facta pupillarem tacitam non continebit, si pupillo post patrem substituentem morienti mater superstes sit. Quod non modo tunc admittendum, cum mater simul cum pupillo a marito suo instituta est; quia credendum est, eum, qui suae substantiae partem uxori reliquit, multo magis voluisse, ut luctuosa filii hereditas ad matrem perveniat, *l. ult. C. de instit. et substit.* verum etiam, cum mater nulla ex parte ad mariti successionem vocata fuit; neque interpretatione ita juvanda videtur substitutio tacita pupillaris, ut in odium moestae matris extendatur ad id, ut illa a filii sui impuberis successione; sibi propter turbatum mortalitatis ordinem ex commiseratione & pietate debita, depelleretur, arg. *dict. l. fin. C. de instit. et substit.* junct. *l. nam etsi* 15. *ff. de inoff. testamen.* Et licet cum aliis Azoni placuerit in *summa Cod. de impub. et aliis substit. n. ult. in fine*, existente matre impuberis, substitutioni vulgari non esse inclusam tacitam pupillarem, quando extraneus substitutus est, at omnino si frater, quasi verisimile non sit, testatorem voluisse uxorem suam praeferre filio suo, quem alteri filio impuberi substituit; tamen, quia lex ipsa matri in successione impuberis filii praedefuncti fratrem ejus haud praefert, sed potius aequalem constituit utriusque causam ab intestato, *novell.* 118. *cap. si igitur defunctus* 2. nulla ratio est, cur praesumeretur, patrem testatorem in casu substitutionis non expresso voluisse filium praeferre matri in hereditate non sua, sed filii impuberis, cui jam paterna hereditas fuerat immixtione quaesita, & cui mater aeque, ac frater ab intestato succedit, Fachineus *controv. lib.* 4. *c.* 40. 41. Cujacius *lib.* 12. *observ.* 27. *in fine*, Ant. Faber. *C. lib.* 6. *tit.* 8. *defin.* 1. Menochius *de praesumt. lib.* 4. *praesumt.* 59, Graeus *de successionibus* §. *substitutio*, *q.* 30. *num.* 4. 5. Brunnemannus & Groenewegen *ad d. l. ult. C. de instit. et subst.* Berlichius *conclus. pract. part.* 3. *conclus.* 10. *num.* 23. *ibique longa serie recensiti DD.*

18. Quod si pater plures habens liberos impuberes in potestate constitutos, novissimo morienti substituerit, non videntur sibi invicem substituti, sed magis pater voluisse intelligitur, jus legitimarum successionum integrum inter eos custodiri, §. *vel singulis* 6. *Instit. de pupill. substitut.* Cui non contradicit Paulus JCtus *in l. Titia Sejo* 87. §. *Seja* 2. *ff. de legatis* 2. Quod enim illic testatrix libertis duobus suis Vero & Sapido fundum legans, & novissimo morienti liberto substituens, censetur etiam hos duos libertos sibi invicem substituisse, id ex quadam necessaria profluxit interpretatione, qua inter eos non poterat successio legitima locum habere, & sine substitutione reciproca subaudita voluntas ulterior testatricis exitum sortiri non potuisset; ac proinde creditum, testatricem, quae volebat consequens, etiam voluisse antecedentem illam reciprocam substitutionem, sine qua sequens dispositio suum non poterat implementum accipere. Adde Fachineum *controvers. lib.* 5. *cap.* 81. Caeterum facta substitutione novissimo morienti, etiam tunc substituto locus erit, cum omnes liberi simul uno naufragio vel rapina aliove casu simili ita pereunt, ut doceri nequeat, uter alteri superstes fuerit; quia *supremus* non is demum, qui post aliquem, sed etiam post quem nemo sit, intelligitur, adeoque plures primos, plures ultimos, plures proximos esse, nihil vetat, *l. ex duobus* 34. *ff. h. t.* Contra, quam placuit, si pater voluerit, *ejus filii, qui novissimus ex filiis morietur, partem heredi-tatis propinquo restitui*, si enim simul diem suum fratres obierint, propinquus ille ad partem hereditatis admittendus non est, si non ostenderit, quis eorum novissimus mortuus sit; idque, quia non ad totam defuncti substituentis hereditatem, sed tantum ad partem novissimi morientis substitutus fuerat; utrum ergo ad Primi, an ad Secundi partem venire deberet, cum exclusione heredum illius Primi aut Secundi definiri non poterat, nisi probaretur, quis eorum ultimus fato functus esset, *l. si ejus, qui* 34. *ff. ad Senatusc. Treb.*

19. Non tamen aliter valet pupillaris substitutio, quam si pater vel simul sibi & filio suo, vel prius sibi, dein alio tempore filio impuberi testamentum fecerit: cum substitutio pupillaris sit pars & sequela paterni testamenti, ac inde quoque tabulae pupillares *secundae* appellentur, *l. pen. ff. test. quemadm. aper. inspic. et describ. l. si filius* 12. *ff. h. t.* (cujus rationem exponit Brissonius *antiquit. select. lib.* 3. *cap.* 12.) Adeoque si prius filio, dein alio tempore sibi heredem pater scripserit, nullius momenti substitutio pupillaris est; licet verum sit, ex solo converso scripturae ordine eam haud vitiari, si unico actu continuo dispositio utraque perficiatur, dum forte scriptum est, *si filius meus impubes decesserit, Titius ei heres esto; filius meus mihi heres esto, l.* 1. §. *ult. l. moribus* 2. §. 1. 4. 5. 6. *ff. h. t.* §. *liberis* 5. *Inst. de pupill. substit.* arg. *l. si ita quis* 28. *ff. de hered. instit.* In milite tamen jus singulare est, quod impuberi filio recte substituit pupillariter; licet sibi testamentum non faciat, *d. l.* 2. §. 1. *ff. h. t. l. miles ita* 41. §. *ult. ff. de testam. milit.* Ubi autem

diversis temporibus sibi & filio testamentum pater facere potest; ita quoque diversis modis: qua ratione valiturum, si pater sibi per scripturam, filio per nuncupationem, vel contra fecerit testamentum, Ulpianus docet *l. patris et filii* 20. §. 1. *ff. h. t. l. si ita scriptum* 8. §. *ult. ff. de bonor. poss. sec. tab.* Sed nec necesse, ut testamento solemni fiat: nam & militari testamento fieri posse, colligi potest ex *d. l.* 2. §. 1. *ff. h. t. d. l.* 41. §. *ult. ff. de testam. milit.* Neque dubitandum videtur, quin & recte privilegiato patris inter liberos testamento pupillariter substituatur, si modo ipsi liberi substituantur, non item extranei; quippe quorum intuitu uti institutio, ita quoque substitutio, talis testamenti genere facta, nullius momenti censenda est, *l. hac consultissima* 21. §. *ex imperfecto* 1. *C. de testamentis*, *l. fin. Cod. famili. ercisc. novell.* 107. *c.* 1. 2. Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 31. Perezius *ad tit. C. de impub. et aliis substit. n. porro substitutionis* 18. *in fine.*

20. Longe minus requiritur, ut pater substituens eosdem sibi & filio suo heredes scribat, aut certas quasdam personas impuberi proximas substituat, uti quidem in exemplari postremum exigetur, sed et alios ad suam, alios ad impuberis filii hereditatem vocare potest; atque etiam extraneos quoscunque pupillariter substituere, præteritis tum fratribus, tum matre pupilli, sic ut ne inofficiosi quidem testamenti querelam adversus substitutum mater præterita movere possit, *l. Papinianus* 8. §. *sed nec* 5. *ff. de inoff. testam.* Adde *tit. de inoff. test. num.* 21. Plane, si eosdem, quos sibi heredes instituerat, filio quoque impuberi heredes esse velit, veluti, *quisquis mihi heres erit, idem filio meo heres esto*, verbis hisce vocati censentur ex substitutione, mortuo impubere, illi, qui & scripti sunt heredes, & restiterunt, & pro qua parte heredes facti sunt, §. *substituitur* 7. *Instit. de pupill. substit. l. qui liberis* 8. *in fine l.* 9. *in fine ff. h. t.* ac proinde tanquam substitutus ad impuberis hereditatem non veniet hoc in casu qui patris repudiavit hereditatem, sive solus sive una cum impubere heres a patre scriptus sit, *l. sed si plures* 10. §. *idemque* 3. *ff. h. t.* arg. *l. qui plures* 23. *in fine ff. h. t.* nec heres illius, qui patri heres fuit, licet heredum appellatione alioquin etiam heredum heredes comprehensi sint, *l. qui liberis* 8. §. 1. *ff. h. t.* junct. *l. antiquitas* 14. *C. de usufructu*; nec dominus servi aut pater filiifamilias instituti & pupillariter substituti, sed servus ipse aut filiusfamilias, quoties eo tempore, quo impubes moriebatur, sui juris fuerint; licet antea non sibi, sed patri vel domino ex dominicæ vel patriæ potestatis jure acquisivissent patris substituentis hereditatem, idque, quia ipsi ex aperto testatoris judicio vocati sunt, ideoque dum ipsi jam sibi acquirere possunt, etiam præferendi illis, per quos ex legis interpretatione fuissent repræsentandi, quoties relicta non poterant sibi habere. Unde &, si eo etiam tempore, quo impuberis hereditas adeunda est, adhuc patris dominive potestati subjecti sint, non dubium, quin eodem jure ejusdem impuberis quoque acquirant successionem, *l. cum filio* 3. *l. qui liberis* 8. §. *ult. ff. h. t.* Sufficit autem, quod aliquo tempore substitutus ex hac formula ipsi testatori substituenti heres extiterit, etiamsi moriente pupillo desierit patri heres esse, si modo de cetero incapax non sit. Atque ita, si institutus, postea-quam patris hereditatem adivisset, per inofficiosi testamenti querelam a patris substituentis hereditate remotus sit, ad impuberis tamen successionem tamquam substitutus admittitur, *l. in substitutione* 31. *ff. h. t.* Idemque est, si ei hereditas patris, aut pars ejus, tanquam indigno sit ablata post aditionem, vel si in servitutem redigatur & ante pupilli obitum restitutus sit: verum enim est, his omnibus in casibus ipsum testatori heredem fuisse, *l. ex facto* 43. §. *Julius* 3. *ff. h. t.* Quod si pater, qui sibi Titium & Mævium heredes scripserat, eosdem una cum Sempronio substituat impuberi, puta, *quisquis mihi heres erit & Sempronius filio meo impuberi heredes sunto*, quidam voluerunt, Sempronium bonorum filii dimidium, ceteros patris heredes communiter alterum dimidium pro iis partibus habituros, quibus paternam habuerunt hereditatem, *l. si pater filio* 9. *ff. h. t.* sed Justiniano magis placuit, viriles singulis partes ex substitutione videri datas, adeoque in hoc casu substitutum unumquemque in trientem vocatum, *l. ult. C. de impub. & aliis substit.*

21. Denique ad substitutionis pupillaris efficaciam opus non est, ut impubes institutus, cui substitutum est, sese paternæ immisceat hereditati, sed sola *sui heredis* existentia incipit vires habere, licet impubes a paterna abstineat hereditate. Quod ut apertius intelligatur, advertendum, patrem non modo *suo impuberi* instituto, sed & exheredato posse substituere secundum ante tradita. Si *suo* heredi instituto substituat, sola sui heredis existentia sufficit sine immixtione ad tabularum pupillarium confirmationem, *l. Julianus* 42. *ff. de acquir. vel omitt. hered. l. paterfamilias* 28. *ff. de reb. auctorit. jud. possid. vel vend.* quo fundamento traditum, filium, qui patri ac postea fratri ex secundis tabulis heres extitit, hereditatem patris jure recusare posse, fraternam retinere, *l. si filius* 12. *ff. h. t.* in qua dum patri dicitur *heres extitisse*, non de immixtione, sed de sola sui heredis existentia id accipiendum est, cum paternæ hereditatis recusatio fieri nequeat, postquam semel immixti facta est, atque insuper argumentum in *d. l.* 12. eo petatur, quod jus dicenti propositum sit, liberos oneribus hereditariis *non sponte susceptis*; qualis *non spontanea susceptio* immixtioni, ex libera voluntate fieri solitæ, non satis respondet, sed soli existentiæ sui heredis, descendenti ex juris necessitate. Sed &, si omissa causa testamenti ab intestato possideatur hereditas, substitutum pupillo servari Ulpianus auctor est, *l. moribus* 2. §. *quisquis* 1. *in fine ff. h. t.* quo ipso rursus elucescit satis, absque ulla immixtione, per solam sui heredis existentiam substitutioni pupillari firmitatem accedere. Quibus consequens est, substitutionem vulgarem expressam, heredi *suo* impuberi factam, vel etiam sub expressa pupillari tacite comprehensam, non aliter aliquid operari posse, quam si pupillus ante patrem moriatur. Si enim vel momento supervixerit patri filius impubes, statim ipso jure patri *suus heres* est, & ita non vulgaris, sed pupillaris substitutus admittitur, si forte pater alium in casum vulgarem, alium in pupillarem, filio impuberi instituto substitutum dederit, ex consilio præscripto in §. *sin autem* 3. *Instit. de pupill. substit.* quod & observat Theophilus, *in princ. Instit. de pupill. substit.* frustra dissentiente Vinnio *ad d. princ. num.* 7. quippe qui dum in ea

9. *sequente* tuetur, sola sui heredis existentia confirmari tabulas pupillares, sibi contradicit, contendens, vulgarem substitutionem etiam posse locum habere, si pupillus post patrem moriatur. Non movere debet, quod formula *si heres non erit*, contineat in se & casum *impotentiæ* & casum *noluntatis*, ut ita dicam, casus vero *noluntatis* contineri nequeat, si post patris obitum pupillus substitutum haberet pupillarem, antequam se paternæ miscuisset hereditati. Etenim formula illa, *si heres non erit*, operatur quantum potest, pro diversitate personarum, quibus substituitur; adeoque, cum aliud denotet in patrefamilias, aliud in filiofamilias aut servo juxta §. *ult. Instit. de vulg. substit.* nihil quoque absurdi est, eam, in persona pupilli in potestate positi a patre conceptam, solum impotentiæ, non item voluntatis casum complecti. Quod si ex adverso pater impuberi exheredato pupillariter substituerit; interest an *suo* exheredato, alium itidem *suum*, an vero extraneum quempiam, heredem instituerint; filio namque *suo* uno instituto, altero exheredato, si pater institutum exheredato substituerit pupillariter, sola sui heredis existentia rursus confirmat tabulas pupillares; sicut, si institutus a paterna abstinuerit hereditate, tamen ad fratris exheredati hereditatem ex substitutione venire possit, maxime si ex parte in paterno testamento heres institutus sit, *l. quasitum est* 40. *l. filius* 41. *ff. de acquir. vel omitt. her.* (licet hic Julianus a cæteris videatur dissensisse Jurisconsultis, notante Ulpiano in *d. l.* 40. *& in l.* 42. *ff. de acquir. vel omitt. hered.*). At extraneo herede instituto, paternam hereditatem ab instituto adiri necesse est, ut pupillaris substitutio confirmetur, ne alioquin, hereditate per extraneum non adita, paternum testamentum irritum fiat, & ita quoque corruant tabulæ pupillares, *l. sed si plures* 10. §. *si ex asse* 4. *ff. h. t.* junct. §. *liberis* 5. *Inst. de pupill. substit.* Ac de tali casu, quo extraneus institutus est, & filio exheredato pupillariter substitutum, accipiendus etiam Ulpianus in *l.* 2. §. 1. *ff. h. t.* cum ait, *adeo autem, nisi sibi quoque fecerit, non valet, ut, nisi adita quoque patris hereditas sit, pupillare testamentum evanescat*; neque enim suus filius, si institutus fuisset, paternam adivisset hereditatem, sed sese immiscuisset, cum ad extraneos proprie aditio spectet, non item ad suos. Idemque dicendum, si pupillus a patre una cum aliis extraneis institutus sit, eique pater vel reliquos institutos extraneos, vel alios pupillariter substituerit, atque ulterius ipsos substitutos universali voluerit fideicommisso gravatos esse: tunc enim filio impubere sese non immiscente sed mortuo, per aliquem saltem ex coheredibus filii impuberis extraneis paternam hereditatem adiri necesse est, ut substitutis hereditas impuberis ex substitutione deferri possit; adeo ut & propter fideicommissum universale, quo tanquam substituti impuberis gravati sunt, ex Senatusconsulto Pegasiano cogi potuerint ad adeundam primo patris substituentis hereditatem, ut ita aditione confirmato paterno testamento etiam tabulæ pupillares confirmarentur, ac deinde adigerentur quoque substituti pupillares ad adeundam ac ex fideicommisso restituendam impuberis successionem, *l. apud Julianum* 11. §. *eidem Julianus* 1. *ff. ad Senatusc. Trebell. moribus* 2. §. *interdum* 2. *ff. h. t.* Visum scilicet fuit, solam sui heredis existentiam non posse in solidum confirmare testamentum, in quo non soli sui, sed & simul extranei vocati sunt, qui adire possunt, quasi jus suitatis per adjunctum coheredem extraneum vulneratum fuerit & diminutum, ideoque etiam aliquid de sua efficacia confirmandi tabulas pupillares hoc ipso perdiderit, Vinnius *ad pr. Inst. de pupill. substit.*, *n.* 9. *in fine.*

22. Effectus substitutionis pupillaris est, quod substitutus omnia acquirit impuberis defuncti bona, sive a patre, sive aliunde profecta, & vel vivo patre substituente, vel eo jam mortuo ad pupillum delata, perinde ac si non a patre substitutus, sed ab ipso institutus esset, *pr. Instit. de pupill. substit.* *l. sed si plures* 10. §. *ad substit.* 5. *l. centurio* 15. *ff. h. t.* nisi adrogator impuberi adrogato substituerit; quippe quo casu substitutionem ad sola bona a patre adrogatore profecta, vel ejus occasione quæsita, non item ad alia, pertinere, supra monitum *num.* 16. vel nisi miles sit, qui hac mente filio impuberi substituit, ut ea sola velit ad substitutum pertinere, quæ a se ad institutum pervenerunt, *l. sed si plures* 10. §. *ad substitutos* 5. *in fine ff. h. t.* si enim de tali militis mente non satis pateat, in dubio etiam is, qui a patre milite substitutus impuberi fuit, omnia impuberis bona ex jure communi capit, *l. centurio* 15. *ff. h. t.* Nec potest substitutus pupillaris sperare hereditatem impuberis a patris hereditate, si forte patris hereditas damnosa sit, filii lucrosa, sed utramque simul adire debet, aut simul utramque repudiare, quia juncta & una cœpit hereditas esse, *l. sed si plures* 10. §. *filios* 2. *&* 3. *ff. h. t. l. qui patris heres* 59. *ff. de acquirend. vel omittend. hereditate*, *l. paterfamilias* 28. *in med. ff. de reb. auctor. jud. possid.* nisi justa de causa, favore pupillorum, prætor istam separationem admittat, dum pupillus *suus* quidem patris heres extitit, sed necdum sese paternæ miscuit hereditati, ac substitutus ob onera hereditatis paternæ timidius aut nullo modo impuberis hereditatem ex substitutione aditurus esset, *l. Julianus* 42. *ff. de acquir. vel omit. hered. l. si filius* 12. *ff. h. t. l. paterfamilias* 28. *ff. de rebus auctor. jud. possid.* in qua *lege* 28. pro *servandum non est*, legendum *servandum est*, ut subjuncta ratio, & alia in ipso textu, nec non leges aliæ suadent. Vel nisi, postquam pupillus se jam miscuisset hereditati paternæ, substitutus adiens ex substitutione hereditatem impuberis, ex ipsius impuberis jam defuncti capite petat in integrum restitutionem adversus immixtionem ab ipso impubere factam, tanquam heres ejus, ad quem beneficium restitutionis ex capite minorennitatis transire notum est, Franciscus de Barry *de success. lib.* 11. *tit.* 22. *n. in quæstione, an* 6. *fere in pr.* quod & scripsi in *tit. de minor.* 25. *annis n.* 38. *fere in fine*, ubi, licet acceperim *legem* 12. *ff. h. t.* de casu, quo filius impubes, cui pupillariter substitutum, sese jam paternæ miscuerat hereditati; tamen perpensis penitius omnibus, nunc magis eam legem accipiendam esse de casu, quo necdum se filius paternæ miscuerat hereditati, & post obitum patris decesserat in impubere ætate, existimo, & in numero præcedente 21. *fere in pr.* demonstratum dedi: ut proinde in *d. l.* 12. non tam sit casus ipse, in quo restitutio petenda fuit, quam potius ex ea argumentum ducendum sit pro restitutione per prætorem haud deneganda, dum asseritur, justius facturum præ-

norem, si fratri separationem bonorum patris concesserit. Quod autem in *d. lege* 42. *in fine princ. ff. de acquir. vel omitt. hered.* dicitur, *sed quod de fratre scripsit, credo ita intelligendum, si non impuberis frater fuit, sed testatoris; caeterum utique, si frater a patre fratri substitutus impuberi sit, sine dubio necessarius heres existet*; id eo pertinet, quod, si frater substitutus maxime vellet separare hereditatem patris ab hereditate sui fratris impuberis, qui se nunquam immiscuerat hereditati paternae, tamen id frustra tentaturus esset; quia, cum ipse pro sua parte patri *suus* heres extiterit, ex accrescendi jure admittere deberet partem alteram fratris impuberis, postquam fraternae hereditatis separationem a paterna, per impuberem non admissa seu acquisita, impetrasset. Quae ratio cum in aliis pupillariter substitutis locum non habeat, merito casum illum tanquam exceptum adnotavit Jurisconsultus in *d. l.* 42. De caetero usque adeo separanda non est hereditas impuberis a paterna hereditate, ut si quis, sive filius sive extraneus, una cum impubere testatoris filio heres institutus, simulque impuberi pupillariter substitutus sit, & patris adiverit hereditatem, existente postea substitutionis pupillaris casu non amplius hereditatem impuberis repudiare possit, sed invitus necessario teneatur admittere, *l. quidam* 20. *Cod. de jure deliber. l. qui patri* 59. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* quia semel judicium defuncti probans quantum ad institutionem, non potest illud improbare quantum ad substitutionem, quae & ipsa institutionis species est; sed potius, uti ab uno unius hominis judicio tota institutionis ac substitutionis dispositio in unius ejusdemque hominis instituti simulque substituti utilitatem profecta fuit; ita quoque vel in totum probanda fuit ab honorato eodem, vel improbanda. Sicut e converso, si quis me extraneum heredem scripserit ex parte, & filium suum ex parte, egoque patris hereditatem repudiavero, etiam filii hereditatem habere non possum, ex eadem ratione, *l. sed si plures* 10. §. *idemque* 3. *ff. b. t.* eo excepto, quod uno ex *suis* heredibus instituto, altero exheredato, si *suus* institutus exheredato substitutus sit, & a paterna abstinuerit hereditate, tamen ex substitutione pupillari, per solam sui heredis existentiam firmata, fratris hereditatem adire possit secundum ante tradita in n. praecedente 21. ex *l. filius* 41. *ff. de acquir. vel amitt. hered.* Confer Franciscum de Barry *de succession. d. lib.* 11. *tit.* 22. *n. in quaestione, an.* 6.

23. Evanescit pupillaris substitutio variis modis, puta, si impubes tempore mortis patris substituentis desierit in potestate ejus esse, sive morte, sive maxima, vel media vel minima capitis diminutione, aliove modo, exierit de potestate: cum ad validitatem hujus substitutionis secundum ante dicta opus fuerit, ut utroque tempore, tum facti testamenti, tum mortis, juri ac potestati substituentis subjectus sit, *l. moribus* 2. *pr. l. coheredi* 41. §. *cum filia* 2. *ff. b. t.* Quid vero juris sit circa substitutionem hanc, si vel pater vel impubes, vel uterque ab hostibus capiatur, & vel jure postliminii alteruter aut uterque revertatur, vel contra apud hostes decedat, explicatur in *l. lex Cornelia* 28. *l.* 29. *ff. b. t. l. pater instituto* 10. *l.* 11. *ff. de captivis & postlim. reversis*, & prolixe discutit Bachovius *ad Treutlerum vol.* 2. *disput.* 11. *thes.* 9. *lit. G.* & Cujacius *lib.* 15. *observ.* 17. qui in *d. l.* 28. pro *non commode* legendum censet *non incommode*, & in fine pro *quare etiam si pubes filius*, observante Gothof. *in notis*.

24. Infirmato quoque paterno testamento tabulae pupillares non quidem omni casu, sed tamen saepe, infirmantur. Etenim si pro parte tantum paternum testamentum evacuetur, substitutio pupillaris rata manet, tanquam ex ea dependens parte, quae enervata non est: quod olim eveniebat, si inofficiosi querela voluntas patris pro parte rescinderetur, pars alia hereditatis in testamento maneret, *l. in substitutione* 31. *ff. b. t. l. Papinianus* 8. §. *sed nec* 5. junct. *l. nam etsi* 15. §. *ult. ff. de inoff. testam.* uti & jure novo in omni casu; quia per querelam solam evertitur institutio, caetera omnia firma permanent, *nov.* 115. *cap. aliud quoque* 3. *in fine*, abrogata hactenus *lege* 8. §. 5. *ff. de inoff. testam.* Sin in totum, videndum, an ex jure civili, an ex praetorio, testamentum patris vitiatum fuerit. Si enim ex solo praetoris edicto, dum contra tabulas bonorum possessio obtenta fuit, adhuc substituto pupillari locus esse potest, *l. ex duobus* 34. §. *ult. l.* 35. *ff. b. t.* Neque videntur eo casu tabulae pupillares sine principali esse; cum potius ex paterno testamento dependeant, quatenus illud solo jure praetorio eversum, adhuc ex juris civilis dispositione ratum est, sic ut & inde legata conjunctis personis relicta debeantur ac peti possint juxta *tot. tit. ff. de legatis praestandis, contra tab. bon. poss. petita.* Sed si ex adverso patris voluntas ipso jure civili in totum eversa sit, sive capitis diminutione patris substituentis, sive agnatione posthumi, vel quasi posthumi, sive condito posteriore testamento, sive ob non aditam ex paterno testamento hereditatem (secundum ante tradita *n.* 21.) tabulae quoque pupillares nullius incipiunt momenti esse: *l. moribus* 2. §. *quisquis* 1. *l. sed si plures* 10. §. *si ex asse l.* 4. *si quis eum* 10. §. *si suo testamento* 1. *l. si pater filium* 26. *l. coheredi* 41. §. *quod si* 3. *ff. b. t.* §. *liberis* 5. *Inst. de pupill. substit.*

25. Praecipue vero pubertate haec substitutio collabitur; eo quod tunc is, cui substitutio facta fuerat, ipse sibi heredem suo arbitrio scribere potest, adeoque substitutionis introductae ratio sublata est, *pr. & si masculo* 8. *Instit. de pupill. substit.* Et quamvis nihil vetet, in brevius tempus pupillariter substitui, veluti, *si intra decimum aetatis annum moriatur*, sic ut eo casu intra quartum decimum post decimum annum decedens impubes, non substitutum, sed legitimos sit heredes habiturus, *l. si ita quis* 21. *l. qui plures* 58. §. 1. 2. *l. ex facto* 43. §. *item quaero* 1. *ff. b. t.* tamen si longius tempus, quod pubertatem excedit, substitutione expressum sit, ipso jure nulla est, & finitur nihilominus pubertate, ne alias patrifamilias puberi & habili ad testandum testamenti factio facto paterno adimeretur, *l. verbis civilibus* 7. *l. in pupillari* 14. *ff. b. t.* adeo ut ne in vim quidem fideicommissi sustineri possit; tum, quia dicitur *frustra* fieri ultra pubertatem, & *finiri pubertate*, non obstante temporis longioris adjectione, *d. ll.* quod ita non esset, si adhuc jure fideicommissi posset valere: tum etiam, quia id militibus ex speciali privilegio datum fuit, ut substitutio verbis directis atque civilibus in casum secundum peri eos facta liberis ultra pubertatis annos, in fideicommissum flectatur, idque tantum ratione bonorum, quae a patre milite profecta sunt, *l. precibus* 8. *C. de impub. & aliis substit. l. centurio* 15. *ff. b. t.* Nec satis recte in con-

trarium adducitur, *l. Scævola respondit* 76. *ff. ad Senatusc. Trebell.* cum diversa plane facti species ibi sit; agit enim Jurisconsultus de patre, qui filiofamilias impuberi tantum usque ad pubertatem codicillis directo substituit; quo casu, licet summo jure inutilis substitutio sit, quia verbis directis hereditas in codicillis nec dari nec adimi potest, §. *pen. Instit. de codicillis*, ex benignitate tamen sustinetur jure fideicommissi; quia hoc ipso nulli adimitur testamenti factio, dum impubes non potuisset sibi per ætatem testamentum facere, licet nullus ei codicillis fuisset directo substitutus; cujus contrarium est in eo, cui ultra pubertatem substitutus datus est in id tempus, quo sibi ipsi testari potest.

26. Plane nostris moribus si pater filio ultra pubertatem verbis directis substituerit, ea in fideicommissaria flecti placuit, ac videri filium rogatum, ut patris substituentis hereditatem substituto restituat, deducta legitima atque Trebellianica, secundum ea quæ tradita *in tit. de inoff. testam.* Qua occasione generaliter observandum, pupillarem substitutionem, quatenus pro fundamento habet patriam potestatem, & ad omnia impuberis bona sive a patre sive aliunde acquisita sese extendit, usu sublatam esse; de cetero non modo patrem, sed & matrem, & propinquos, & extraneos quoscunque heredibus institutis, tum liberis tum extraneis, tum impuberibus, tum puberibus cujuscunque ætatis, substituere posse verbis directis in casum, quo heredes erunt, & vel intra pubertatem, vel intra majorennitatem, vel intra aliud tempus quodcunque, arbitrio testatoris præfiniendum, morientur; ita ut substitutio illa non producatur ultra bona ab ipso substituente profecta, & verbis substitutionis directis in obliqua flexis, institutus intelligatur gravatus universali fideicommisso de restituenda defuncti substituentis hereditate ei, qui substitutus est; de reliqua vero substantia, quæ aliunde heredi instituto quæsita fuit, pro suo arbitrio testamento disponat, vel legitimos in ea habeat successores, si noluerit vel per leges non potuerit ipse testari, Groenewegen *ad pr. & ad §. ult. Instit. de pupill. substit.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 32. *in fine.* Parens p. mem. Paulus Voet *ad §. ult. Instit. de pupill. substit. n.* 5. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 236. 237. & *par.* 3. *consil.* 7. Licet hac in parte quidam aliter judicent, ut patet ex iis, quæ habet Struvius *ad Pand. exercit.* 33. *n.* 37. *in fine*, Sebast. Kraisser *Instit. Juris Rom. Bavarici t. de pupill. substit. in fine*, & quæ occurrunt in Resp. Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 238. & *par.* 4. *consil.* 207. *quæst.* 2.

27. Exemplaris substitutio (quæ & quasi pupillaris dicitur, ac itidem, ut superiores, in expressam & tacitam dividi potest, Menochius *de præsumt. libr.* 4. *præsumt.* 44. *& seqq.*) ex humanitate introducta, Justinianum auctorem habet, & est, qua pater vel mater liberis puberibus furiosis aut mente captis substituit in casum, quo heredes erunt, & intra furorem aut amentiam morientur, *l. humanitatis* 9. *C. de impub. & aliis substit.* §. 1. *Institut. de pupill. substitut.* Et quamvis nulla muti & surdi in *d. ll.* mentio sit, tamen vix dubitandum, quin & huic recte substituatur, quoties sibi ipsi per scripturam nequit testamentum facere: præsertim, cum jure veteri, quod adhuc speciali rescripto ad hanc substitutionem faciendam opus erat, atque muto & surdo ac furioso substituendi facultas parentibus a Principe indulta fuerit, *l. ex facto* 43. *pr. ff. h. t.* & ea occasione ipsa exemplaris substitutio a Justiniano in *d. l.* 9. inducta videatur; neque casus, jure antiquo propter rationis parilitatem conjuncti, jure novo separandi sint ex eo solo, quod in novis legibus expressa omnium mentio facta non est, Gomezius *variar. resolut. tom.* 1. *c.* 6. *n.* 3. Bachovius *ad Treutlerum vol.* 2. *disput.* 11. *th.* 10. *lit. C.* Cumque prodigorum eadem, quæ furiosorum ratio sit, quatenus voluntatem habere non intelliguntur, & furiosum rerum suarum exitum faciunt, *l. furiosi* 40. *ff. de reg. jur. l. his qui* 12. §. *ult. ff. de tut. & curat. dat. ab his*, atque etiam sub edicto de furiosis loquente comprehendantur, licet in eo multa prodigi mentio facta sit, *l. & mulieri* 15. *in fine ff. de curat. furios. l. dabimusque* 19. §. *ult. l.* 20. *l.* 21. *ff. de reb. auctorit. jud. possid.* etiam his recte exemplarem fieri substitutionem, probabile est, Donellus *ad. l.* 9. *C. de impub. & aliis substitut. num.* 5. Grassus *de succession.* §. *substitutio, quæst.* 54. *num.* 4. Gomezius *d. t.* 1. *cap.* 6. *num.* 4.

28. Quod si liberi furiosi vel dementes adhuc impuberes sint, non exemplariter iis sed pupillariter a solo patre, non item a matre, substituitur, ut ita ætati magis, quam dementiæ tantisper consulatur, arg. *l. qui habet* 3. §. *quia* 1. *ff. de tutelis*, dummodo termini sint habiles substitutionis pupillaris: nam si neque mater ullo modo, neque pater emancipato impuberi sanæ mentis existenti recte substituat in casum, quo heres erit, & postea deficiet, arg. *l. jam hoc jure* 4. §. 2. *l. Lucius Titius* 45. *ff. h. t.* etiam in impubere furioso id admittendum non est; ne alioquin melioris conditionis sit stolidus quam sapiens, dum hic herede careret, ille haberet ex testamento, Mich. Grassus §. *substitutio, quæst.* 41. Gomezius *var. resolut. tom.* 1. *cap.* 6. *numer.* 8. Sed & parentibus furiosis aut mente captis per liberos exemplariter substitui, neque ulla lege cautum est, neque juris ratio suadet; cum utique exemplaris ad similitudinem pupillaris inducta sit, & inter omnes constet, contradictorium esse, ut liberi parentibus pupillarem substitutum dent; sicut nec curatorem iis testamento dare possent, licet ipsi quandoque parentibus suis furiosis curatores sint, *l. furiosæ matris* 4. *ff. de curat. furios.*

29. Nihil autem refert quantum ad hanc substitutionis speciem, utrum liberi in potestate constituti an emancipati sint, uti nec an primi an ulterioris gradus; eo quod in pupillari quoque id ita receptum est. Nec denique, utrum naturales & legitimi simul sint, an tantum legitimi, quales adrogati: si enim impuberibus adrogator recte pupillariter substituat, ratione patrimonii a se profecti, ut supra dictum ex *l. sed si plures* 10. §. *in adrogato* 6. *ff. h. t. l. si adrogator* 22. §. 1. *ff. de adoption.* multo minus sit exemplaris deneganda, cum minus sit exemplarem, quam pupillarem substitutum facere. Et quod spectat naturales tantum, licet juri convenientius sit, patrem iis hoc modo substituere non posse, quia nec patri ab intestato regulariter heredes sunt; quin tamen a matre facta talibus substitutio in casum exemplarem rata sit, non videtur dubitandum; cum constet, matris intuitu in succedendi jure, inofficiosi quere-

la, & aliis plerisque, parem liberis naturalibus tantum cum legitime natis causam esse, arg. *l. pen. C. ad Senatusc. Orphit. l. si suspecta* 29. §. 1. *ff. de inoff. testament.* Grassus *de successión.* §. *substitutio, quæst.* 40. Gomezius *d. tom.* 1. *cap.* 6. *num.* 6. *in med.*

30. Ut vero subsistat hæc exemplaris substitutio, primo quidem opus est, ut substituens sibi quoque testamentum faciat, & illud viribus haud destituatur, eodem modo, quo id ante de pupillari traditum est; ne alioquin corruente principali accessorium quoque vires perdat, arg. §. *liberis* 5. *Institut. de pupill. substitut.* Secundo & illud requiritur, ut ei, cui ita substituitur, ad minimum legitima relinquatur; cum in *d. l.* 9. *C. de impub. & aliis substitut.* Imperator ablativis absolutis ponat, *legitima portione relicta.* Qui consequens est, haud recte exheredatis eam fieri. Licet enim verum sit, ablativos absolutos non semper necessitatem, & velut conditionem, sed sæpe etiam consilium tantum continere, necessitatem tamen inferunt, ubi justa ratio ad id ducit, quæ hic est, quod hæc exemplaris non ex aliquo rigido patriæ potestatis jure descendit, sed magis originem habet ex sola humanitate & in liberos affectione, *d. l.* 9. *in pr.* a qua longe distat exheredatio, quippe quæ ab odio aut ingratitudinis puniendæ desiderio proficiscitur, adeoque nec favorabilis nec interpretatione juvanda est, aut ad casus diversa nitentes ratione porrigenda, *l. cum quidam* 19. *in fine ff. de liberis & posthum. hered. instit.* Donellus *ad d. l.* 9. *C. de impub. & aliis substit. n.* 7. & *comment. juris civilis lib.* 6. *cap.* 27. *in med.* vers. *distant hæ substitutiones*, Grassus §. *substitutio, quæst.* 40. *n. ult.* Treutlerus *vol.* 2. *disput.* 11. *th.* 10. *lit. C.* ibique Bachovius *in fine*, Parens p. mem. Paulus Voet ad §. 1. *Instit. de pupill. substit. n.* 2. *in med.* Ne dicam, absurdum videri, ut parentes liberis furiosis inviti tenerentur substituere descendentes furiosorum, & secundo loco fratres eorum, ipsos vero furiosos filios non tenerentur saltem in legitima heredes scribere: dum utique furiosi liberi ita se habent ad parentes substituentes, uti descendentes furiosorum se habent ad ipsos furiosos, pro quibus parentes testamentum faciunt; adeoque eadem plane institutionis faciendæ, quæ substitutionis, ratio est: atque insuper longe minor ratio militat pro necessitate substituendi fratres furiosorum, quam pro necessitate vocandi ipsos furiosos ad parentum substituentium hereditatem. Quibus omnibus pro hac sententia, quod parentes liberis puberibus exhæredatis exemplariter substituere nequeant, accedit, quod & matres exemplarem substitutionem facere possint: cum vero substitutio & tutoris datio pari fere passu ambulent, & mater filio non possit tutorem dare nisi instituto, quasi in rem tutore dato, ad eum effectum ut tutoris datio, a matre facta, per confirmationem a magistratu faciendam rata ac firma fiat; consequens videtur, ut nec exheredato, sed soli in legitima saltem instituto substitutio quasi pupillaris recte fiat. Sed & tertio illum, cui substituitur, tales esse oportet, ut, nisi illo animi aut corporis vitio laboraret, sibi ipsi potuisset mortis tempore testamentum facere: unde inutilis procul dubio foret hæc substitutio a matre facta filio, qui ad mortem usque in patris aut avi paterni potestate permansit, atque ita ex eo caruit testamenti factione, quod alieno juri ad extremum vitæ halitum subjectus fuit: ita observante Donello ad *d. l.* 9. *C. de impub. & aliis substit. num.* 6. Denique necessarium, ut his in legitima saltem institutis substituantur primo liberi ipsorum, si qui sint; iisque deficientibus fratres; si vero nec illi existent, tum demum extraneum quemvis pro lubitu substituendi licentia est, *d. l.* 9. *C. de impub. & aliis substit.*

31. Cum autem imperator in *d. l.* 9. circa *liberos* furiosi & *fratres* furiosi substituendos eodem loquendi genere ac phrasi utatur, jubendo, ut testator *vel unum vel certos vel omnes* liberos aut fratres substituat, inter eos nullam, quantum ad hanc substitutionem attinet, differentiam puto admittendam esse; nec sufficere, quod ex pluribus liberis aut fratribus unus aut quidam substituti sint & alii præteriti, sed ad hujus substitutionis valorem requiri, ut nullus liberorum aut fratrum furiosi præteritus sit, sed saltem unusquisque eorum ex substitutione legitimam salvam habeat, ita suadente ea, quam Justinianus allegat, humanitatis consideratione. Sicut enim ipse filius furiosus, si sanæ mentis fuisset, sibique suum condidisset testamentum, omnes suos liberos ipse debuisset instituere, ac ob unius præteritionem totum testamentum ex jure civili nullum fuisset, aut agnatione posthumi rumperetur, vel jure prætorio per bonorum possessionem contra tabulas fuisset infirmandum; ita quoque a parentibus, filii furiosi vicem in testando repræsentantibus, eandem in substituendis furiosi liberis pietatem æquitatemque naturalem observari, justum est; ne alioquin hæc substitutio non tam in gratiam furiosi, quam potius in detrimentum & necem liberorum ejus, contra omnem humanitatis rationem excogitata videretur. Cui & illud accedit, quod antiquo jure, cum adhuc ad substitutionem hanc speciali rescripto opus erat, per agnationem quasi posthumi ex filio furioso, cui substitutus extraneus datus erat, substitutio rumperetur, quasi beneficium principale jam inciperet iniquum esse, *l. ex facto* 43. *ff. h. t.* neque id jure novo mutatum appareat, aut salva humanitatis ratione, qua Justinianus ad hanc substitutionem introducendam motus fuit, mutari potuerit. Et quamvis inficias iri nequeat, furiosum, si sanæ mentis fuisset, impune fratres potuisset suprema sua voluntate præterire, ac inde videri posset, nec parenti hic imponendam fuisse omnes fratres substituendi necessitatem, præsertim cum & in pupillari substitutione pater impune extraneos substituat, nec fratri impuberis præterito ulla eo nomine querela indulgeatur, *l. Papinianus* 8. §. *sed nec* 5. *ff. de inoff. testam.* tamen, quia in hac substitutione non rigor juris, sed sola humanitas Imperatori ob oculos versata fuit, præsumtio est, furiosum, si mentis compos fuisset, pro affectione naturali fratres potius, quam extraneos ad suam vocaturum fuisse successionem, non mirum, quod legislator secundum illam præsumtionem æquissimam regi voluerit suam ex humanitate inductam exemplarem substitutionem: præsertim cum constet, attento solo juris rigore parentem filii furiosi ne ad id quidem obligandum fuisse, ut vel unum ex pluribus furiosi fratribus eidem substitueret, dum nec ipse frater ad id obstrictus est; cujus tamen contrarium secundum omnes in *d. l.* 9. con-

stitutum est. Ut proinde verba illa *vel unum vel certos vel omnes substituat*, tum de liberis tum de fratribus in. *d. l.* 9. proposita, non de ipsa substitutione & personis substituendis, sed de sola substituendi formula, accipienda sint, & imperator jussisse intelligatur substituentem debere *vel unum* fratrem aut filium furiosi substituere, positis scilicet terminis habilibus, si unus tantum sit; *vel certos*, id est, singulos certo & specialiter designatos, si forte vellet, ut alius in majorem, alius in minorem portionem substitutus sit; *vel denique omnes*, id est, una oratione omnes fratres vel liberos furiosi, si ex eo partibus æqualibus furioso substitutos velit, vel etiam adhuc plures ex mente capti, prodigi, furiosi, uxore vel matre sperentur nascituri. Et quamvis verum sit, inter liberos furiosi aut fratres nonnunquam & illos inveniri, qui de ipso furioso pessime meriti justas præbuerunt exhæredandi causas, & ob id per ipsum furiosum, si sanæ mentis fuisset, jure potuissent a successione depelli; tamen quia posita ingratitudine non protinus parentes vibrant fulmen exheredationis in ipsos ingratos, ut experientia constat, & apparet ex *l. his verbis* 48. *§. illa* 1. *ff. de hered. instit.* hinc talem exheredationem alieno arbitrio sine speciali lege permittendam non esse, judicabit facile, qui cogitaverit, aliam institutionis adeoque etiam substitutionis, aliam exheredationis causam esse: illam benigne accipi oportere; hanc vero non esse juvandam interpretatione, *l. cum quidam* 19. *in fine ff. de liberis & posthumis*, atque insuper ipsum furiosum non potuisse liberos ingratos silentio præterire, si testari potuisset, sed debuisse cum justa causæ designatione exheredes facere.

32. Mirandum interim, inter personas hic ex necessitate substituendas neque patrem recenseri, ubi mater, neque matrem ubi pater hanc exemplarem facit; cum tamen jam tum ante *d. l.* non modo pater suis liberis ab intestato successerit, sed & matri cum fratribus successio in bona filii sine descendentibus morientis delata fuerit, *tot. tit. Instit. de Senatusc. Tertull.* nisi forte imperatorem illud moverit, quod in pupillari substitutione pater extraneum substituere potuerit præterita impuberis ipsius matre; sic ut mater impuberis filii testamentum inofficiosum dicere non potuerit, quia non ipse hoc condidit, sed pater ei id fecit, qui suam non tenebatur uxorem instituere, *l. Papinianus* 8 *§. sed nec* 5. *ff. de inoff. testam.* ad exemplum vero pupillaris hæc introducta sit; quod & ex ipsa *l.* 9. colligi potest, dum ibi dicitur, licere parentibus, quos voluerit, furiosis substituere, *ut occasione hujusmodi substitutionis, ad exemplum pupillaris, querela nulla contra testamentum eorum oriatur*; utcunque inficias iri non possit, quin talis præteritio parentum, quibus non minus pie quam liberis hereditas relinqui debet, in humanitatem summopere impingat, ac re ipsa inofficiosum faciat testamentum furiosi, per alterutrum parentem substituentem repræsentati, arg. *l. nam etsi* 15. *ff. de inoff. testam.*

33. Substitutionis hujus effectus est, quod substitutus omnia capit furiosi similiumque bona, sive a substituente sive aliunde profecta fuerint, adeoque etiam materna, si pater substituerit, aut e converso etiam paterna, si mater. Et hæc quidem minus ambigua, ubi vel pater solus, vel sola mater, ad hanc processit substitutionem; sed si & pater & mater exemplariter substituerint, ac non eosdem sed diversos filio furioso dederint heredes, major dubitatio est. Non enim desunt, qui in concursu tali potiorem putant esse debere substitutum a patre datum, excluso eo quem mater substituit; eo quod in patre naturalia simul & civilia jura videntur concurrere, præsertim, si furiosum filium adhuc in potestate habeat; cum in matre solus erga liberos affectus, adeoque sola naturalis ratio sit; & si mater & alii adscendentes remotiores singuli diversos dederint substitutos pupillares, præferendam esse substitutionem illius substituentis, qui gradu propiore contigerit furiosum, quasi plus quam unum furiosi testamentum esse non possit, Donellus ad *d. l.* 9. *C. de impub. & aliis subst. n.* 3. Sed cum ante dictum fuerit, in hac substitutione patriam non spectari potestatem, sed solam humanitatem & affectionem, eaque æqualis sit in patre ac matre, potius est, ut & utraque tam matris quam patris substitutio sustineatur, ita ut a matre substitutus materna, a patre substitutus paterna bona habeat, adventitia inter substitutos æqualiter dividantur. Nec est, quod ita contingeret, furiosum pluribus relictis testamentis substitutio a patre & a matre facta sit, tamen utraque substitutio non nisi unius testamenti vicem obtinet respectu ipsius furiosi, cujus una voluntas deficiens partim a patre, partim a matre suppleta est, Gomezius *var. resolut. tom.* 1. *cap.* 6. *n.* 13. Grassus *de succession. §. substitutio, qu.* 45. *n.* 7. Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 71. Perezius *ad tit. Cod. de impub. & aliis subst. n. nec est hac Iustiniani* 38. Adde Bachovium *ad Treutlerum par.* 2. *disp.* 11. *th.* 10. *lit. A. in med.* Moribus sane hodiernis, sive pater sive mater exemplarem fecerit substitutionem, sive ambo simul, nil præter bona a substituente profecta ad substitutum devolvitur; ita ut rogatus videatur filius furiosus ex fideicommisso paternam maternamve hereditatem substituto restituere, quemadmodum testator quilibet heredem quemlibet, sive furiosum, sive sanæ mentis hominem institutum rogare potest, ut hereditatem suam alteri restituat post mortem suam. Neque ultra substitutio exemplaris videtur in usu mansisse; eo fere modo, quo id de pupillari substitutione supra observatum est.

34. Evanescit quasi pupillaris substitutio omnibus fere modis illis, quibus & pupillaris, ante enumeratis; præcipue vero, si ei, cui facta substitutio, mentis aut corporis sanitas restituta fuerit, adeoque furiosus, prodigus, mente captus, surdus & mutus esse desierit, *l. humanitatis* 9. *C. de impub. & aliis subst.* *§.* 1. *Inst. de pupill. substit. l. ex facto* 43. *ff. h. t.* Nec semel eo modo extincta reviviscit, si contingat, eum postea rursus in pristinum animi aut corporis vitium recidere; cum sibi medio tempore potuisset testamentum condere, & id non agens, eos intelligatur voluisse sibi heredes esse, quibus ex lege successio ab intestato debita est; utpote quibus sponte sua legitimam videtur dedisse hereditatem, dum testamento, cum posset, non ademit, arg. *l. conficiuntur* 8. *§. sed ideo* 1. *ff. de jure codicill.* Nihil in contrarium faciente eo, quod redeunte furore potestas curatoria iterum redintegretur, quæ tempore dilucidi intervalli interrupta fuerat, *l. cum aliis* 6. *C. de curat. furiosi.* Quod enim id ita placuerit in cura fu-

riosi, ejus illa ratio est, quia furiosus dilucidi intervalli tempore non ita de rebus suis potest disponere, ut illæ tempore redeuntis furoris ulteriore non indigerent administratione; cum ex adverso quisque eo tempore, quo vitium mentis aut corporis cessat, posset ita satis per testamentum tum institutionibus tum substitutionibus sive puris sive conditionalibus suam de sua substantia ordinare voluntatem, & in futurum sic sibi prospicere, ut posteriore alia dispositione nova opus non sit; neque etiam in omnem eventum ita substituto indigeat, atque quidem curatore, dum substitutum non habenti legitimi plerumque non desunt successores. Quin imo, cum non condendo testamentum tempore dilucidi intervalli, in casum furoris fortasse reversuri, censeatur legitimos heredes sibi tacita voluntate destinasse successores secundum jam dicta, magis est, ut ne de novo quidem parentes exemplarem aliam facere possint substitutionem; ne filius contra præsumtam suam mentem & intentionem alios ex aliena voluntate successores nanciscatur.

35. Denique etiam agnatione illarum personarum, quæ ex necessitate substituendæ sunt, hanc infirmari substitutionem, ubi tales in casum nativitatis substituti non sunt, patet ex *d. l. ex facto* 43. *ff. h. t.* idque quia res jam devenit ad eum casum, a quo initium habere non potest, ac beneficium Principis, talem substitutionem permittentis, tunc incipit iniquum esse, liberis præsertim ex ipso furioso prodigove aut mente capto natis; quippe quo casu secundum Paulum, auctorem *d. legis* 43. *nihil interest, alium heredem institueret ipse filius postea, an jure habere cœpit suum heredem: nec enim aut patrem, aut Principem de hoc casu cogitasse verisimile est, ut eum, qui postea nasceretur, exheredaret.*

36. Militaris substitutio dicitur, qua miles ex privilegio non liberis tantum, sed & extraneis heredibus institutis substituit in casum, quo heredes erunt, & quandocumque vel intra certa tempora per testatorem præfinita morientur. Cujus hic effectus est, quod substitutus sola capiat bona a milite substituente profecta, non item alia, idque quasi jure fideicommissi, verbis directis in fideicommissaria flexis, *l. centurio* 15. *ff. h. t. l. in testamento* 6. *in fine C. de testam. milit. l. miles ita* 41. §. *exheredato* 4. *ff. de testam. milit.* junct. *l. precibus* 8. *C. de impub. & aliis substitut. l. coheredi* 41. §. *quod si* 3. *ff. hoc. tit.*

37. Plura de substitutionibus, quatenus jure fideicommissi sustineri solent, videnda in *tit. ad Senatusc. Trebell.*

TITULUS VI.

De conditionibus institutionum.

SUMMARIA.

1. *Quibus negotiis conditiones adjici possint, & quæ proprie, quæ improprie conditiones sint?*
2. *Quid juris, si testator scribat,* se heredem instituere secundum conditiones infra scriptas, *& nullas subjiciat? Quid juris, si testator heredem primo pure, dein sub conditione instituat, aut vice versa?*
3. *Conditiones tacite subauditæ ex ipsa rei natura non faciunt dispositionem conditionalem, nec impediunt transmissionem ad heredes. Si tales conditiones, quæ insunt ex natura rei, per testatorem expressæ fuerint, an non tunc faciant dispositionem conditionalem?*
4. *Conditiones tacite subauditæ ex probabili mente testatoris dispositionem faciunt conditionalem, perinde ac si expressæ essent; quod exemplis docetur. Quando conditio institutioni addita, repetita censeatur in substitutione; & quando generaliter in priore testamenti dispositione positæ conditiones tacite repetitæ intelligantur in postea dispositis?*
5. *Quæ conditiones dividuæ sint, ut pro parte recte impleri possint, quæ individuæ, sive unus sive plures conditione gravati sint; sive in una sive in pluribus personis conditio implenda sit; sive in dando, sive in faciendo, sive non faciendo consistat?*
6. *Si conditio in* non faciendo *consistens ultimis voluntatibus adjecta sit*, cautioni Mutianæ *locus est, & relicta statim percipi possunt; secus in actibus inter vivos. An testator hanc cautionem remittere possit? Quando Mutiana cautio in ultimis voluntatibus non admittatur, sed conditionis* non faciendi *eventus expectandus sit? Notatur, juris nostri auctores hic imprudentius in exemplis Mutianæ cautionis ponendis lapsos esse.*
7. *Quibus præstanda sit cautio Mutiana, an & heredibus ab intestato?*
8. *Quis sit effectus Mutianæ cautionis, & quæ restituenda sint?*
9. *Quæ sint conditiones natura impossibiles? ubi exempla quædam dubia excutiuntur. An impossibilis conditio* faciendi monumenti ad exemplum ejus, quod alteri certo in loco structum est, *si id non appareat? Quæ sint impossibiles jure seu moribus? ubi & de ineptis ac derisoriis. Quid, si tantum ad tempus a jure prohibitæ sint? Quæ impossibiles verborum aut rerum perplexitates?*
10. *De conditione possibili* potestativa, casuali *&* mixta, *& in specie de conditione potestativa,* nominis alieni assumendi.
11. *De conditione* nubendi *vel* uxorem ducendi, *quando illa implenda sit, quando non? & quid, si honoratus nuptias contraxerit, sed contra leges?*
12. *De conditione*, si non nupserit; si certæ personæ, aut certo in loco, aut intra certum tempus, non nupserit; *& de relictis mulieri* cum vidua erit. *Et quid, si conditio sit adscripta, quæ non directo, sed per obliquum, nuptias contrahi vetat? Quid, si Titiæ legetur,* si Caja non nupserit? *Quid si id, quod Titiæ relictum sub conditione,* si ipsa non nubat, *rogetur alteri restituere simpliciter, vel etiam sub conditione,* si nubat.
13. *Qua lege videatur improbata conditio* matrimonii non contrahendi, *& quæ fuerit sententia legis Juliæ Miscellæ? quæ sententia Justiniani circa conditionem* viduitatis? *An & moribus nostris conditio viduitatis recte adscribatur, ac servanda sit? An mulier relicta sibi sub conditione viduitatis, & per nuptias repetitas amissa, recuperet, si iterum vidua fiat?*
14. *An virgini imponi efficaciter possit conditio,* si nuptias non contraxerit? *Qui scripserint de conditione* nubendi *&* non nubendi? *Quid obtineat*

legatis 1. *l. si ita expressum* 69. *ff. de condit. et demonstrat.* Diversum esset, si testator alicui rem per fideicommissum restitui jusserit, *cum ille petierit*, his enim verbis conditionem fideicommisso adscriptam non videri, Scævola respondit *l. Titia heredis* 85. *ff. de condit. et demonstrat.* ex ratione, quæ est in *l. si decem* 45. *de verbor. obligat.*

4. Quod autem attinet ad tacitas conditiones illas, quæ ex probabili mente testatoris subintellectæ sunt; æque conditionalem re ipsa faciunt dispositionem, ac si aperte testamento fuissent insertæ. Atque ita, si avus nepotem institutum rogaverit, ut is post suam mortem hereditatem avi patruo restituat, ex conjectura pietatis subaudita fuit conditio, *si sine liberis nepos moriatur*, nec ad restituendum nepos obligatus erit, si liberis relictis decesserit, quasi deficiente fideicommissi conditione, ut docet Papinianus in *l. cum avus* 102. *ff. de condit. et demonstrat. l. cum acutissimi* 30. *C. de fideicommissis*, *l. generaliter* 6. *C. de instit. et substitution.* Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 10. *t.* 7. *et* 8. Conditiones quoque institutioni appositas, sæpe in substitutione videri repetitas, monui ad *t. de vulg. et pup. subst. n.* 10. *in med.* ac latius discutitur in Responsis Jurisc. Holl. *par.* 5. *consil.* 95. & colligi potest ex arg. *l. unic. §. pro secundo* 4. & *§. ne autem* 9. *C. de caduc. tollendis*, *l. cum pater* 77. *§. ab instituto* 15. *ff. de legatis* 2. *l. licet Imperator* 74. *ff. de legatis* 1. nisi aliud suadeant circumstantiæ, cum vel conditio non satis quadrat in substitutum, vel apparet, substitutionem ob id factam esse, ut conditione institutionis deficiente, substituto locus esset, quod accidit, cum conditio institutioni apposita casualis est, quippe quæ si in substitutione intelligeretur repetita, nullius momenti foret substitutio. Et ad hos similesque casus alios pertinere videtur *l. sub conditione* 57. *ff. de hered. inst.* Confer Manticam *de conject. ult. volunt. lib.* 10. *t.* 6. *num.* 2. 3. Gomezium *variar. resolut. tom.* 1. *cap.* 12. *num.* 37. Barry *de succession. lib.* 17. *t.* 4. *num.* 1. & alios ab eo citatos. Sed &, si legatum pure Titio datum, eidem sub conditione adimatur, aut in alium transferatur, sub conditione contraria tacite videtur Titio legatum esse, sic ut & transmisio impediatur, si Titius ante conditionis eventum extinctus sit, *l. aliquando* 107. *in fine ff. de condit. & demonstrat. l. si legatum* 10. *ff. de adim. vel transfer. legatis. l. quod pure datum* 6. *ff. quando dies legat. cedat.* Quemadmodum etiam legatum sub conditione datum, cum transfertur, sub eadem conditione transferri videtur, si non conditio priori personæ cohæreat, *leg. legatum sub* 24. *ff. de adim. vel transf. legatis.* Denique si testator in testamento Titium sub conditione heredem scripserit, vel legata quædam Titio sub conditione reliquerit, deinceps autem in posteriore ejusdem testamenti parte, vel etiam codicillis separatim conditis, eidem Titio alia quædam leget, cum particula connectente *hoc amplius*, aut alia simili, in posteriore legato eadem conditio tacite repetita videtur: *avia*, inquit Papinianus, *quæ nepotem sub conditione emancipationis pro parte heredem instituerat, ita postea codicillis scripsit*, hoc amplius nepoti meo, quam quod eum heredem institui, lego prædia illa, *conditionis emancipationis repetitam videri placet; quamvis avia nullam in legatis, ut in hereditate substitutionem fecisses*, *l. avia quæ* 77. *ff. de condit. & demonstrat. l. cum servus* 18. *§.* 1. *ff. h. t.* Eoque facit, quod a Juliano scriptum est, *in repetendis legatis hæc verba, quæ adjici solent*, item dare damnas esto, *& ad conditiones, et ad dies legatorum easdem repetendas referri*, *l. in repetendis* 63. *ff. de legatis* 3. Aug. Barbosa *In tract. de dictionibus usu frequent.* 135. *ad verbum* hoc amplius. Menochius *de præsumtion. lib.* 4. *præsumt.* 180. *n.* 48. 49. *et seqq.* Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 10. *tit.* 6. *n.* 5. De hac tacita conditionum repetitione multis egit Menochius *d. lib.* 4. *præsumt.* 174. 176. 177. 178. 179. 180. 181. Mantica *d. lib.* 10. *tit.* 6. Barry *de succession. lib.* 17. *tit.* 4.

5. Sunt & conditiones aliæ dividuæ, aliæ individuæ. Individuæ dicuntur, quæ in totum impleri debent: qua ratione si uni, cui fundus legatur, imposita sit conditio *dandi decem*, quinque præstando non recte dimidiam petit fundi partem, *l. qui putat* 74. *pr. et §.* 1. *ff. de acquir. vel omitt. heredit. l. cum fundus* 56. *ff. de condit. et demonstrat.* nisi dimidia fundi pars jam ab alio usucupata, vel a vivo testatore alienata sit, & ob id desierit ex causa legati debita esse: tunc enim etiam conditio minuitur, *l. qui heredi* 44. *§. si pars* 9. *ff. de condit. et demonstrat. ibique Gothofredus*, sicut &, si legatarius totum capere nequeat, quod sub conditione dandi relictum erat: aut pars relicti ei a tertio per bonorum possessionem ablata sit, *l. Plautius* 43. *pr. et §.* 2. *ff. de condit. et demostr l. ei, qui* 20. *ff. mortis causa donat.* licet diversum sit, si Falcidia interveniat & minuat legatum: quippe quo casu nihilominus in solidum conditioni parendum est, *d. l.* 43. *§. diversum* 1. *ff. de condit. et demonstrat.* Nec interest, utrum honoratus unus uni decem dare jussus sit per modum conditionis, an pluribus; nam & tunc uni partem dando relicta non consequitur pro parte, sed demum, si dederit omnibus, quibus dare jussus est, *l. qui heredi* 44. *§. ult. ff. de condit. et demonstr.* arg. *l. si duobus* 32. junct. *l. si statu libera* 6. *§. statu liber.* 3. *ff. de statu liber.* Dividuæ sunt, quæ per partes impleri possunt, veluti, si Titio & Mævio, vel communi servo eorum, legatus sit fundus, *si Sempronio decem dederint*; potest enim Titius quinque dando fundi legati partem acquirere, *l. qui heredi* 44. *§. si duorum* 8. *l. cui fundus* 56. *ff. de cond. et demonstr.* Qua occasione generalius observandum, in casu, quo conditionis unius implementum pluribus honoratis imponitur, inter *dandi & faciendi & non faciendi* conditiones aliquam diversitatem esse. Si enim non faciendi conditio pluribus adscripta sit, unusquisque eorum Mutianam præstando cautionem (de qua plenius in *num. sequenti*) relicta accipiet, nec ei oberit, quod alii eandem interponere recusent, *arg. l. falsa demonstratio* 33. *§. ult. ff. de condit. et demonstr.* Si vero pluribus *faciendi* conditionem testator imposuerit, si quidem ea dividua sit, puta, *si in Capitolium ascenderint*, unusquisque ascendendo ad relicta admittitur, non expectato cæterorum facto, arg. *d. l.* 5. *§. ult.* sin individua, veluti, *si monumentum mihi extruxerint, si insulam ædificaverint*, unus eorum solus ædificando partem insulæ vel monumenti nihil agit, nec ullam pro rata persequi potest legati partem, *l. pen. pr. ff. de condit. & demonstrat.* arg. *l.*

fideicommissa 11. §. si in opere 23. & 24. ff. de legatis 3. sed tamen jure novo cæteris cessantibus factum individuum in totum ab uno impleri potest, ad id, ut ipse solus exclusis cæteris implere nolentibus totum percipiat, qui, si omnes implerent, non ultra partem sibi datam habiturus esset, l. pen. C. de condit. insertis, sublata veterum dubitatione, qui hic multa ad voluntatis quæstionem reducebant, ut patet ex l. si ita fuerit 13. pr. & §. 1. 2. ff. de manumissis testamento, l. pen. pr. ff. de condit. & demonstr. Quod si plures sub dandi conditione honorati sint, in individua quidem, v. gr., si equum dederint, idem, quod in individua faciendi conditione, servandum est, d. l. pen. C. de condit. insertis, in dividua vero, qualis est, si decem dederint, quisque pro rata partem dando etiam pro rata relictum consequitur, si modo hoc ipsum, quod relictum fuit, dividuum sit, nam si individuum, unus quidem parendo conditioni pro sua parte, etiam pro rata indivisam acquiret relicti partem, sed cæterorum implere cessantium partes huic quoque accrescent, cum onere tamen parendi ulterius appositæ conditioni, l. si quis legat. 34. §. 1. l. cui fundus 56. l. pen. ff. de condit. & demonstr. Confer Brusselium de condition. libr. 3. tit. 2. num. 16. 20.

9. Adhæc conditiones aliæ in faciendo consistunt, aliæ in non faciendo seu omittendo. Si in non faciendo consistant, multum interest, utrum contractibus an ultimis voluntatibus adscriptæ sint: nam si decem quis stipulatus sit sub conditione, si in Capitolium non ascenderit, si Romam non iverit &c. eventus conditionis expectandus est, ut promissa jure petantur, adeoque perinde est, ac si stipulatus esset, cum moreretur, sibi dari, §. sub conditione 4. Inst. de verb. obligat. l. ita stipulatus 115. §. sed & si 1. ff. eod. t. Cum ex adverso voluntatum ultimarum favore placuerit, institutum, vel legato proprietatis aut solius ususfructus honoratum, sub tali conditione in non faciendo consistente, confestim posse relicta percipere, præstita cautione Mutiana, datis fidejussoribus aut jurejurando cum hypotheca bonorum interposito, de restituendis ex supremo judicio perceptis, si non paruerit conditioni de non faciendo conceptæ, l. Mutiana 7. l. is, cui sub 18. cum sub hac 67. l. cum tale 72. l. heres meus 79. §. quamvis 3. ff. de condit. & demonstr. nov. 22. cap. quæ vero nunc 43. 44. Nisi testator hanc honorato remisisset cavendi necessitatem, quod æque potest, ac heredi remittere cautionem illam, quæ vulgo legatorum nomine exigi solet, d. nov. 22. cap. unde sancimus 44. in fine, arg. l. ipsis rerum 2. l. pen. C. ut in possess. legat. Sciendum tamen, huic cautioni locum non esse, si per aliam insuper conditionem appositam actio legati deferri possit, l. avia, quæ 77. Mutiana 1. ff. de condit. & demonstr. Nec, si non ipsam honorati personam, sed in tertium conditio de non faciendo concepta sit, veluti, si Caja non nupserit, heres meus Titio centum dato, d. l. 77. §. Titio 2. ff. de condit. & demonstr. In qua lege verba remoto fideicommisso denotant, omisso seu non adscripto fideicommisso. Nec, si in persona onerati conditio talis collata sit; veluti, heres, si in Capitolium non ascenderit, Titio decem dato; cum ita legatum pœnæ causa, aut quod ei saltem proxime accedit, inducatur; in quo quisque gravatus ad evitandam legati talis impositi necessitatem tenetur ex probabili testatoris voluntate, quam primum potest conditionem implere, arg. l. ita stipulatus 115. §. item si 2. ff. de verbor. oblig. l. si penum 24. ff. quando dies legat. cedat. l. 1. ff. d. penu legata, l. 1. §. item si ita 8. ff. ad leg. Falcid. Nec denique, si conditio in non faciendo consistens talis sit, ut vivo honorato existere & certa esse possit: unde in legato ita Cajæ relicto, si Titio non nupserit, Cajam Mutiana satisdatione interposita legatum accipere non posse, Julianus auctor est; quia hoc genus legati perinde haberi debet, ac si post mortem Titii relictum fuisset; Titius vero viva Caja decedere potuit, atque ita certum fieri, etiam Titio non esse nupturam, l. hoc genus 106. ff. de condit. et demonstr. Eodemque ex fundamento, cum legatum esset relictum Titiæ, si a liberis non discesserit; negaverunt, eam recte cavere, teste Papiniano; quia vel mortuus liberis legatis conditio viva legataria posset existere, nec displicuit Papiniano jus illud commune; sed tantum in illo casu singulari dura nimis visa applicatio ejus; quia, ut ipse loquitur, voto matris opponi tam ominosæ non interponendæ cautionis interpretatio non debuit, l. cum tale 72. pr. ff. de condit. et demonstr. id est, cum secundum votum parentum & naturalem erga liberos caritatem, quin & ordinem mortalitatis, liberi soleant parentibus superstites & successores esse, l. nam et si 15. ff. de inoff. testam. mater tali legato honorata a cautione Mutiana arceri non debuit ominosa illa allegatione, quod ipsa turbato mortalitatis ordine acerba liberorum suorum funera videre ac lugere posset, atque in ea vivente existere certitudo conditionis, quod a suis liberis haud esset recessura. Eodemque modo in alia quoque facti specie Papinianus cautionem Mutianam admisit, licet certitudo conditionis vivo legatario existere posset; puta, cum patronus liberto certam pecuniam legasset, si a liberis ejus non discessisset; idque, quia periculosum ac triste videbatur, libertum, conjunctum patroni liberis, eorundem mortem expectare, d. l. cum tale 72. §. et cum 1. ff. de cond. et demonstr. de cætero Papinianus ipse ea utitur argumentatione ad non admittendam cautionem Mutianam, quoniam scilicet vivo eo, cui relictum est, impleri conditio potuit, d. l. 72. §. Titius 2. & l. pater Severianam 101. §. socrus 3. ff. de cond. et demonstr. Adde Cujacium lib. 14. observ. 37. Interim vix est, ut non fateamur, minus accuratos fuisse nostri juris auctores in enarrandis exemplis, in quibus hujus Mutianæ cautionis usus est; dum & talia proposuerunt, quorum conditiones in non faciendo consistentes vivente honorato poterant certitudinem & impedimentum habere. Etenim in legato fundi sub hac conditione relicti, si legatarius servum non manumiserit, legatarium satisdatione interposita legatum ab herede accipere posse, Javolenus scribit, l. cum sub hac 67. ff. de condit. & demonstr. cum tamen servus vivo legatario mori potuerit, atque ita certo constare, ipsum haud esse manumittendum. Et hoc ipsum Ulpiano quoque placuit; qui hæc duo, si in Capitolium non ascenderit, & si Stichum non manumiserit, conjunxit, tanquam talia, in quibus Mutianæ cautionis utilitas est, l. Mutiana cautionis 7. ff. de cond. & demonstr. Denique etiam cum Juliano sibi contrario idem Ulpianus scripsit, eum, qui ita institutus est, si servum hereditarium non alienaverit,

caventem coheredi implere conditionem, *l. si qui ita*, 4. §. 1. *ff. h. t.* utcunque verum sit, moriente servo hereditario, dum vivit institutus, certum fore, quod alienaturus sit.

7. Quibus autem in casibus Mutianæ cautionis interpositio admittitur, iis præstanda est, ad quos deficiente conditione relicta pervenire aut redire debent, veluti heredibus aut coheredibus, aut collegatariis, aut substitutis, pro varia voluntatis supremæ conceptione, *l. Mutiana* 7. *pr.* & §. 1. *l. is, cui sub* 18. *l. cum sub hac* 67. *ff. de cond. & demonstr.* quin & heredibus ab intestato; tum quia generaliter a Cajo definitum fuit, *ei, ad quem jure civili deficiente conditione hoc legatum, eave hereditas pertinere potest*, cavendum esse, *l. is, cui sub* 18. *ff. de condit. & demonstr.* tum quia id aperte constitutum in *nov.* 22. *cap. unde sancimus* 44. §. *ult.* Nec repugnat *d. l. Mutiana* 7. §. 1. *ff. de cond. & demonstr. l. mulier* 20. *ff. h. t.* Quod enim ibi maritus ab uxore ex asse institutus sub conditione, *si dotem non exegerit*, hereditatem adit, & nulli cavet, ejus illa ratio est, quia ipso jure videtur jam impleta conditio, eo quod non est, quem possit de dote convenire ipse adeundo hereditatem totam, & ita obligationem dotis in totum perimendo confusione; adeoque, uti nullus est, ad quem hereditatis illius spes pertinere potest, conditione jam impleta, ita quoque nullus existit, cui caveatur. Atque hinc etiam, si non solus heres sit, coheredi cautionem adhuc præstare compellitur, ex *d. l.* 7. §. 1. Et, quod attinet *l. si qui ita* 4. §. 1. *ff. h. t.* ponendi videntur isti legi termini habiles, quando scilicet nullus existit, qui heredi ex asse instituto substitutus est, aut cui hereditas ab intestato deferri posset; uti id fieri posse, patet *ex l. filiusfamilias* 114. §. *qui intestato* 2. *ff. de legatis* 1. dum ibi proponitur intestatus decedens scire, sua bona ad fiscum perventura esse tanquam vacantia) eo quod tunc demum impossibilis dici potest conditio, *si servum hereditarium non alienaverit*, quippe quam, in non faciendo consistentem, ipse per cautionis Mutianæ præstationem implere debuisset, implere autem non potuit, dum nullum offendit, cui caveret. Quod enim Wissenbachius post alios *ad Pand. vol.* 2. *disput.* 8. *n.* 5. existimat, jure veteri heredibus ab intestato cavendum non fuisse, sed per *d. nov.* 22. *cap.* 44. §. *ult.* inductam fuisse juris illius mutationem, vel placuisse Justiniano, in casu singulari viduitatis impositæ cautionem heredibus ab intestato oportere præstari, admittendum non est; tum, quia nullæ circumstantiæ in *dict. cap.* 44. occurrunt ex quibus erui posset, Justinianum vel mutationem vel exceptionem in casu viduitatis impositæ inducere hac in parte voluisse; tum, quia nulla ratio sufficiens dari potest, cur minus heredibus ab intestato, quam substitutis cavendum esset; nam quod ait incertum esse, qui ab intestato successuri sint, differentiam non ponit; cum tempore cautionis interponendæ æque appareat, quinam ex lege, atque apparet, quinam ex substitutione, successionem sperare possint, & substitutus æque ac legitimus ante institutum moriens omni excidat successionis spe; nec difficile sit, heredes legitimos quoscunque per personam publicam eorum nomine stipulantem repræsentari, sicut ipse quoque substitutus per personam publicam repræsentandus esset, si sibi ipsi stipulari nequeat, dum forte servus est, arg. §. *cum autem* 3. *Inst. de adopt. l. non aliter* 18. *l.* 19. *ff. eod. tit. l. si pupillus* 2. *ff. rem. pup. salvam fore.*

8. Quod si secundum interpositam cautionem Mutianam conditioni, in non faciendo consistenti, paritum non sit, non modo ipsa illa, quæ ex judicio testatoris accepta restitui debent iis, ad quos ob defectum conditionis delata sunt, sed & medio tempore percepti fructus; prout id etiam in exordio cavendum est, *l. herus meus* 79. §. *qui post* 2. *ff. de condit. & demonstr. nov.* 22. *cap.* 44. §. *si vero transire* 2. uti & usuræ ex pecuniis redactæ, aut trientes, si honoratus eas fœnori haud collocaverit, sed in suos converterit usus, *nov.* 22. *cap.* 44. §. *si vero pecunia* 4. atque insuper id omne, quanti res unaquæque per culpam caventis depretiata fuit, *d. nov.* 22. *cap.* 44. §. 8. *si vero mobilis* 3.

9. Præcipua vero conditionum divisio est, quod aliæ possibiles sint, aliæ impossibiles. Impossibiles dicuntur, quæ existere non possunt: & vel natura impossibiles sunt, vel jure seu moribus, vel verborum aut rerum perplexitate. Natura, quoties ipsa rerum natura impedimento est, quo minus fiat, quod conditione comprehensum est, veluti si digito cælum tetigeris §. *si impossibilis* 11. *Instit. de inutil. stipulat.* Eoque etiam referendæ conditiones dandi rem, quæ non amplius est in rerum natura, *l. ab omnibus* 104. §. *in testam.* 1. *ff. de legatis* 1. vel solvendi debitum quod nuspiam apparet, aut jam ante conditum testamentum, non item postea demum per solutionem extinctum fuit, *l. cum tale* 72. §. *pen. ff. de condit. & demonstr.* vel quando quid est collatum in casum existentis rei aut personæ, quæ nunquam fuit, veluti, *si filia mea vivat*, cum filiam nunquam habuisset testator, *l. si Mævia* 45. *ff. de hered. Inst.* vel denique etiam, cum per angustiam temporis id, quod in conditione est, fieri nequit, veluti *si hodie monumentum extruat*, aut *insulam ædificet*, aut, *si hodie Carthagini det*, cum Romæ esset, *l. si quis ita* 6. *ff. h. t.* arg. *l. arbitraria* 2. §. *qui ita* 6. *ff. de eo quod certo loco*, §. *loca* 5. *Inst. de verb. oblig. l. ult.* §. *inter eos* 4. *ff. eod. tit.* Quod si testator conditionem apposuerit *de monumento faciendo ad exemplum ejus, quod in via Salaria esset Publicii Septimii Demetrii*, & nullum tale Septimii monumentum inveniatur, non tamen creditum fuit impossibilem hanc esse conditionem: magisque placuit, vel monumentum esse faciendum ad exemplum ejus, ad quod probabiliter testator respexit, utcunque in nomine personæ erraverit, dum eo in loco non Septimii sed alterius monumentum apparebat; vel si voluntas ejus ignoraretur, monumentum tamen omnino secundum substantiam & dignitatem defuncti exstrui oportere, *l. in testam.* 27. *ff. de condit. & demonstr.* Jure seu moribus impossibiles dicuntur conditiones, quas existere morum honestas aut leges haud patiuntur; adeoque quas lex vel Senatus vel Princeps vel consuetudo recepta improbat ac damnat: nam quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam, &, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, ea nec facere nos posse credendum est, *l. conditiones* 14. *l.* 15. *ff. hoc tit. l. non dubitamus* 20. *ff. de condit. & demonstr. l. Sejus Argentreus* 27. *ff. ad legem Falcid.* Quo in numero etiam sunt ineptæ & derisoriæ, veluti, *si heres reliquas testatoris res in mare abjecerit*; si *cum cadavere vestes pretiosas, thesauros, ornamenta sepulchro in-*

tulerit, *aut alia superflua in funus erogaverit*, & quæ sunt alia his similia, *d. l. conditiones* 14. *l. quidam in suo* 27. *ff. h. t. l. servo alieno* 113. *§. ult. ff. de legatis*, 1. arg. *l. ult. in fine ff. de auro & argent. legato*; *l.* & *si quis* 14. *§. non autem* 5. *ff. de religiosis*. Et sufficit, quod vel ad tempus propter legis prohibitionem non recte fiat, quod secundum conditionem faciendum erat, ut jure impossibilis conditio existimetur, arg. *l. si stipulator* 35. *§.* 1. *ff. de verb. oblig.* Verborum perplexitate impossibiles conditiones sunt, quæ exitum invenire nequeunt, veluti, *si Titius heres erit, Sejus heres esto, si Sejus heres erit, Titius heres esto*: si enim Titius heres sit, Sejus heres esse nequit, & similiter e converso, *l. si Titius* 16. *ff. h. t.* arg. *l. qui quadraginta* 88. *ff. ad. leg. Falcid.* Et his haud absimiles sunt, quæ rerum laborant perplexitate, quæ scilicet vel in tam longum tempus conferuntur, ut is, qui honoratus est, tam diu probabiliter victurus non sit, vel tam difficile factum imponunt, ut videatur impossibile; sic ut tunc ne animus quidem legandi aut instituendi in testatore videatur adesse, *l. cum heres* 4. *§. non est ff. de statu liberis.*

10. Possibiles conditiones itidem triplici specie constant, dum aliæ potestativæ sunt, casuales aliæ, aliæ mixtæ. Potestativa est, cujus implementum ab arbitrio ac potestate honorati pendet, veluti, si in Capitolium ascenderit, &c. *l. suus quoque* 4. *ff. de hered. instit. l. si qui ita* 4. *l. mulier* 20. *ff. h. t.* Casualis, quæ non ab arbitrio honorati, sed ab incerto eventu pendet, veluti, si Mævius Consul fiat. Mixta, quæ partim ab arbitrio honorati, partim ab incerto eventu pendet, puta, si Mævio consule, in Capitolium ascenderit. Potestativis autem conditionibus etiam ea accensenda, *si honoratus nomen testatoris assumat seu ferat*; adeo ut relicta sub tali conditione non aliter debeantur, aut cadi possint, quam si re ipsa nomen testatoris assumtum sit, Sande *dec. frisic. lib.* 4. *t.* 6. *defin.* 1 Nec est, quod existimes, prætores talem improbasse conditionem, & ideo honorato eam remisisse, dum secundum Gajum recte quidem facturus videtur, si *nominis ferendi* conditionem expleverit; quia nihil mali est, honesti hominis nomen assumere; sed tamen *remittenda est ei conditio*, si recuset nomen ferre, *l. facta* 63. *§. si vero nomini* 10. *ff. ad Senatusc. Trebell.* Etenim cohæret paragraphus ille cum pluribus præcedentibus, in quibus tractabatur de herede instituto sub conditione, iterumque hereditate alteri restituere rogato; cumque is eam suspectam crederet, ac ob id detrectaret implere conditionem ac hereditatem adire, quærebatur, an non ad utrumque ex Pegasiano Senatusconsulto compelli posset? & cum de variis conditionibus varie in præcedentibus §§. Jurisconsultus disseruisset, tandem etiam in §. 10. agens de *conditione nominis ferendi*, ait, etiam illud, qui sub tali conditione institutus est, ad aditionem compellendum esse, ac non male quidem acturum, si etiam illam nominis ferendi conditionem adimpleat, sed si recuset, prætorem ei posse eandem remittere, quia scilicet ex Pegasiano coactus sine ullo lucro & damno adit, ideoque nec invitus videbatur compellendus, ut proprio nomine deposito assumeret illud quod testatoris est.

11. Sed & circa nuptias contrahendas conditio potestativa recte institutioni aut legato apponitur, idque vel generaliter, veluti, si honoratus uxorem duxerit, vel honorato nupserit, *l. si quis heredem* 7. *C. de init. & subst. l. si ita sit scriptum* 45. *§. ult. ff. de legatis* 2. vel magis specifice, veluti, *si homini nobili, si civi & non peregrino, aut homini suæ religionis nupserit*, vel denique cum designatione certæ personæ, puta *si Titio nupserit, si Cajam duxerit l. uter ex fratribus* 23. *l.* 24. *ff. h. t. l. Titio centum* 71. *§. Titio centum* 1. *ff. de condit. & demonstr. l.* 1. 2. *de inst. & substit.* adeo ut, si conditioni non paruerit, excludatur a legato, dummodo nubere Titio honeste potuerit: nam si indignus sit nuptiis ejus iste Titius, dicendum est, posse eam beneficio legis cuilibet nubere: quæ enim Titio nubere jubetur, cæteris omnibus nubere prohibetur. Itaque si Titius indignus sit, tale est, quale si generaliter scriptum esset, *si non nupserit*; imo, si verum amamus, durior hæc conditio est, quam illa, si non nupserit; nam & cæteris nubere prohibetur, & Titio, cui inhoneste nuptura sit, nubere jubetur, *l. cum legatum* 63. *§.* 1. *ff. de condit. & demonstr.* Mynsingerus *cent.* 6. *observ.* 31. Henricus Kinschot *responso* 28. Nec est, quod quis objiciat, libera oportere esse conjugia, nec vinculo pœnæ matrimonia constringenda esse, *l. Titia quæ* 134. *ff. de verbor. oblig.* Nam secundum Papinianum *aliud est cogendi matrimonii pœna metu libertatem auferri, aliud ad matrimonium certa lege invitari*, *l. Titio centum* 71. *§. Titio centum* 1. *ff. de condit. & demonstr.* Quod si testamento cautum sit, *uter ex fratribus consobrinam nostram duxerit uxorem*, *ex dodrante*; *qui non duxerit*, *ex quadrante heres esto*; & neuter duxerit, quia consobrina vel vivo testatore mortua est, vel nubere noluit, ambo ad hereditatem venientes semisses habebunt; quia verum est, eos heredes institutos, sed emolumento portionum eventu nuptiarum discretos, *l. uter ex fratribus* 23. *l.* 24. *ff. h. t.* Impletur autem hæc *nubendi* vel *ducendi* conditio tantum legitimo ac secundum leges contracto matrimonio: unde si quis necdum viripotentem ducat, aut eam, cum qua ei ob sanguinis vel affinitatis vinculum connubii jus non est, implevisse conditionem haud videtur; ut tamen tali facto nec pro defecta habeatur, sed alia secundum leges ducendo ad relicta admittendus sit, *l. hæc conditio* 10. *ff. de condit. & demonstr.* Tyraquellus *ad l. boves §. hoc sermone ff. de verbor. signif. limit.* 1. *n.* 2. Sufficietque, nuptias benedictione sacerdotali contractas esse, licet copula non intercesserit. Neostadius *de pactis antenup. observ.* 16. *in fine*, etiam illis in locis, in quibus ad introducendam bonorum communionem, & ad pactorum dotalium confirmationem, aliosque quosdam nuptiarum effectus, concubitu opus est; cum utique ante copulam ex solo consensu præsenti legitime declarato nuptiæ sint, conditio vero nil præter nuptias requirat. Quo faciunt, quæ scripsi *ad t. de concubinis n.* 11.

12. Ex opposito quoque conditio potestativa licita est, *si Titio non nupserit*; vel *si neque Lucio neque Mævio neque Sempronio nupserit*; adeo ut, si cuilibet eorum nupserit, legatum amissura sit; eo quod tali conditione injuncta viduitas non videtur, cum alii cuilibet satis commode possit nubere, *l. cum ita legatum* 63. *l. hoc modo* 64. *ff. de condit. & demonstr.* Idemque dicendum de conditione *si certo in loco nuptias non contraxerit*: nisi talis persona sit, quæ alibi nuptias non facile possit invenire, quia tunc fraus legi facta videtur, & re ipsa nuptiarum

prohibitio in universum conditione comprehensa; quod ipsum incurrebat in legem (forte Juliam & Papiam) sobolis procreandæ gratia in utilitatem reipublicæ conditam, *d. l. boc modo* 64. §. 1. *ff. de condit. et demonstr.* Licet enim conditio talis institutioni vel legato apponi potuerit, qua ad certum tempus matrimonii interdictio continebatur, veluti *si a liberis impuberibus nupserit, si toto triennio in cælibatu aut viduitate perstiterit,* quia non tam viduitas injungi, quam potius cura liberorum, aut aliud quid a testatore intendi videtur, *l. sed si boc* 62. §. *ult. ff. de cond. et demonstr.* licet insuper recte relinquatur mulieri, *si vidua erit,* quia non impeditur capere, cum vidua est, & postea rursus alteri nubere, *l. ult. C. de indicta viduitate,* tamen utilitatis publicæ favor non admisit conditiones illas, quæ in perpetuam a nuptiis abstinentiam in persona honorati conceptæ erant, veluti *si Caja non nubat, si Titius uxorem non ducat, beres ei centum dato,* sic ut illa centum deberentur, utcunque nuptiæ secutæ essent, *l. sed si boc* 62. §. *ult.* 63. *pr. et* §. 1. *l.* 64. §. 1. *l. cum tale* 72. §. *Mævia* 5. *l. mulieri et Titio,* 74. *ff. de condit. et demonstr.* Unde cum Titiæ, *si non nupserit,* ducenta; *si nupserit,* centum legata essent, & illa nupsisset, ducenta recte peti, responsum est: sed cum præter ducenta amplius illo in casu centum mulier petere vellet, quasi impleta per nuptias conditione legati aureorum centum, ridiculum Papinianus censuit, eandem & ut viduam & ut nuptam ad legatum admitti, *l. Titia, si non* 100. *ff. de cond. et demonstr.* Quo modo etiam, cum mulieri & Titio ususfructus, *si non nupsisset mulier,* relictus esset, mulier nubens, non integrum usumfructum sibi soli vindicare potuit, sed tantum dimidiam ejus partem, licet Titius conditione defectus esset; eo quod tantum ex beneficio legis ex legato concessum esse mulieri intelligitur, quantum haberet, si conditioni paruisset, *l. mulieri et Titio* 74. *ff. de cond. et demonstr.* Nec interest, utrum conditio directo nuptiis impedimentum in universum adferat, an vero per obliquum in fraudem legis conditiones de nuptiis non contrahendis reprobantis, *d. l. cum ita legatum* 63. §. 1. *l.* 64. §. 1. *ff. de condit. et demonstr.* Qua ratione si quis Titio centum legasset, *si filia, quam babebat in potestate, non nupserit;* vel filiofamilias, *si pater ejus uxorem non duxerit,* in fraudem legis ad nuptias impediendas conditionem utramque scriptam videri, & ideo nullam ejus vim esse, ab eodem Papiniano definitum fuit, *l. beres meus, cum* 79 §. *ult. ff. de cond. et demonstr.* idque quia priore in casu pater, qui dissensu nuptias filiæfamilias impedire potest, non esset in eas consensurus, ut legatum perciperet; & in casu posteriore legatum filiosfamilias datum, patri ipsi relictum videtur, dum id filiusfamilias patri acquirebat ex jure Pandectarum; cum alioqnin conditio non nubendi in personam tertii recte concepta fuerit, veluti, *si uxor Titii iterato non nupserit: vel, si uxor mea iterum non nupserit, Cajo decem lego,* sic ut nuptiis contractis peti per Cajum nequeat, quod ei sub hac conditione, nunc deficiente, relictum est: eo quod tali modo nulli necessitas abstinendi a nuptiis imponi videtur, *l. 1. C. de indicta viduit. toll.* Sed & eandem ob causam inutilis fuit habita conditio illa, qua pater vel extraneus mulieri quid relinquebat, *si arbitratu Titii nuberet,* & ob id illa capiebat relicta, etiamsi vivo aut mortuo Titio, non Titii sed proprio arbitratu nupta fuisset; cum illa videretur legis sententia esse, ne quod omnino nuptiis impedimentum inferretur, *l. filia sua* 28. *l. cum tale legatum* 72. §. *si arbitrat.* 4. *ff. de cond. et demonstr.* Quod si mulier, cui quid sub conditione *si non nuberet* relictum erat, rogata esset id ipsum rursus alteri restituere; uti id perinde ipsa capiebat, ac si pure sine talis conditionis adjectione honorata esset; licet nuptias contraheret, ita quoque sive nupta sive innupta manens ad restituendum ex fideicommisso obligabatur, ne alias melioris esset conditionis cum non paruisset quam cum paruisset testatoris voluntati, *l. non dubium* 14. *pr. ff. de legatis* 3. arg. *l. mulieri et Titio* 74. *ff. de cond. et demonstr.* Diversum esset, si honorata sub conditione *non si nuberet,* rogaretur alteri restituere, *si nuberet*: tunc enim ad fideicommissi præstationem devincta non est, utcunque nuptias amplexa fuerit: cum metu pœnæ & amissionis eorum, quæ semel jure quæsita, non debuerit libertati matrimonii impedimentum creari, *l. quotiens sub conditione* 22. *ff. de cond. & demonstrat.* junct. *l. Titio centum* 1. *ff. eod.* 1.

13. An autem hoc, quod conditiones matrimonium impedientes reprobatæ fuerint, originem suam debeat legi Juliæ & Papiæ, seu Juliæ Miscellæ; discutit Brissonius *antiquit. select. lib.* 3. *c.* 3. Legis sane illius sententia satis aperte enarrata invenitur in *l.* 2. *C. de indicta viduit. toll. novell.* 22. *c. quia vero nunc* 43. & apud Cujacium *in paratitl. C. ad d. t.* nec dubium, quin conditio viduitatis ex illa lege servanda fuerit; sic ut & relicta sub tali conditione non aliter caperentur, quam si Mutiana cautio de matrimonio non contrahendo interposita fuisset; nisi mulier intra annum jurasset, quod filiorum quærendorum causa ad nuptias transiret. Cumque id primum Justiniano displicuisset, ac mulieribus nova constitutione permitteretur, spreta mariti defuncti interminatione, nuptias alias sequi, & nihilominus capere, quæ sub viduitatis conditione data erant, absque ulla cautionis Mutianæ præstatione, *d. l.* 2. *nov.* 22. *c.* 43. tamen jure novellarum sancitum fuit, ea lege relicta non aliter exigi posse, quam si cautio Mutiana interponatur de reddendis relictis, ubi contra conditionem ad alia vota transitus fit, *d. novell.* 44. *cap.* 22. sive maritus uxori, sive uxor marito, sive extraneus extraneo vel extraneæ sub tali conservandæ viduitatis conditione supremo suo concesserit elogio res quasdam singulares, aut hereditatem partemve ejus, *d. novell.* 22. *c. unde sancimus* 44. *pr. et* §. *banc ipsam* 8. Et quamvis Groenewegio *ad l.* 2. *C. de indict. viduit. toll.* ac Simoni van Leeuven *cens. for. par.* 1. *libr.* 3. *cap.* 5. *n.* 29. visum fuerit, conditionem viduitatis remittendam esse, eaque spreta, nihilominus relicta deberi ac retineri; tamen rationes eorum tanti non sunt, ut propterea a jure Romano recedendum videatur: præsertim, cum ipsi fateantur, recte nunc conjugi superstiti quid relinqui usque ad tempus secundarum nuptiarum, ita ut post nuptias alias contractas illud absque emolumento seu fructibus medii temporis ad heredes defuncti remeare debeat. Hoc enim concesso, non est, cur non & id testamento caveatur, ut nuptiis repetitis, res cum omni medii

temporis emolumento ad testatoris heredes revertatur: nam sicut pœna non est, cum ob nuptias denuo contractas res ipsæ redduntur, ita nec, cum & fructus rerum talium restituendi sunt; sed utrobique tantum depulsio ab illo lucro, ad quod per viduitatis conditionem invitatio facta erat. Cui accedit, quod perperam hæc conditio inter eas refertur, quæ publicæ utilitati & honestati bonis moribus adversantur, uti Groenewegium confutando ex fundamentis superius adductis prolixius docet D. Someren *de jure novercar. cap.* 1. *num.* 4. adductis etiam in hanc sententiam rebus judicatis ex Annæo Roberto, Gomasio, Francisco de Barry & Freder. Solis. Plane, si quæ mulier ea, quæ sub conditionis viduitatis relicta erant, habere cœperit vidua facta, sed dein ad alia transeundo vota vi cautionis Mutianæ restituere compulsa fuerit, iterato ad viduitatis statum redacta nequaquam recuperatura est, præsertim, si a priore marito sub viduitatis conditione quid datum sit, tum quia, uti non potest post dissolutum secundum matrimonium ad prioris mariti dignitatem reverti, ita nec ad ea, quibus sese indignum effecit, novos alterius amplectendo amores, & pristini viri memoriam exuendo; argumento eorum quæ dicta ad *tit. de Senatoribus num.* 8. tum etiam, quia conditio viduitatis stricte & arctissimo in sensu videtur accipienda esse; tum denique, quia, uti in legato uxori per maritum relicto, *si illa quandocumque liberos habuerit*, impleta non censetur conditio, si illa ex alio quam marito legante liberos susceperit, etiamsi dein ad priorem maritum, a quo diverterat & alii nupserat, reversa sit, *l. cum vir uxori* 25. *ff. de condit. & demonstrat.* ita quoque in legato sub conditione viduitatis dato, viduitas non alterius sed ipsius mariti legantis intuitu secuta, in dubio spectata credi debet. Adde Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 26.

14. Quia vero nuptiarum secundarum minor favor quam primarum est, passim in *novell.* 22. *c.* 44. viduitatis mentio fit, recte illos censuisse existimo, qui constituta per Justinianum de conditione viduitatis extendi noluerunt ad conditionem cœlibatus, seu, *si virgo nuptias haud contraxerit*; sive illa nunquam desponsata fuerit, sive sponsa quidem, sed non mulier facta sit; adeoque virginem convenienter antiquo juri perinde capere relicta & in matrimonium coire, ac si nulla *non nubendi* conditio adscripta esset. Michael Grassus *de successionibus* §. *legatum*, *quaest.* 50. *num.* 4. 5. 6. Gomezius *variar. resolut. tom.* 1. *cap.* 12. *num.* 73. Perezius *ad tit. C. de inducta viduit. toll. num. plane sciendum* 9. Porro de hisce nubendi aut nubendi conditionibus, confer DD. *ad tit. Cod. de indicta viduit. toll.* & Peckium *de testament. conjugum lib.* 11. *tit.* 18. & 19. Barry *de success. lib.* 17. *tit.* 14. 15. Et quid juris sit in conditione, *si ex patrui aut extranei alicujus certi consilio matrimonium contrahat*; circa eam implendam aut remittendam, vide apud Manticam *de conject. ult. volunt. libr.* 11. *tit.* 18. *num.* 8. & *seqq.* Zoesium *ad tit. ff. de condit. & demonstrat. num.* 11. 12. 13. Mich. Grassum *de successionibus* §. *legatum, quaest.* 50. *num.* 9. & *seqq.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 31. Uti &, quid obtineat circa conditionem de *ingrediendo monasterium vel non ingrediendo*, quam nuptiarum conditioni fere comparant, tradit idem Grassus §. *legatum, quaest.* 50. *num.* 12. Zoesius *ad d. tit. de condit. & demonstrat. num.* 18. 19. 20. Covarruvias *variar. resolut. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 9. Barry *de succession. lib.* 17. *tit.* 17. Multas denique singulares conditionum possibilium species alias explicatas exhibet Justus Meyerus *in collegio Argentorat. ad tit. de condit. & demonstrat. num.* 26. & *seqq. ad num.* 39.

15. Cæterum omnis fere conditionum effectus ex implemento vel defectu pendet; adeoque si conditio adscripta extiterit, illud omne, quod antea propter dubium ejus eventum in pendenti erat, certum erit, & in posterum perinde habebitur, ac si pure ab initio institutio facta aut legatum datum esset, sicut quicquid in ejus præjudicium pendente conditione factum est, pro non facto reputaretur, *l. si fundum* 105. *ff. de condit. & demonstrat. l. servo legato* 69. §. *si servum* 1. *ff. de legatis l. ult.* §. *sin autem* 3. *C. communia de legatis*, arg. *l. hæc conditio* 7. *ff. de contrah. emt.* Et ex adverso, si defecerit, non alio loco omnia habebuntur, quam si nulla institutio aut legati datio ab initio intervenisset, *l. si quis ita* 82. *ff. de hered. instit.* Confer Crussellium *de conditionibus lib.* 2. *tit.* 4. Modo talis sit conditio, cujus eventus expectandus est. Multæ enim pro non scriptis habentur, quales sunt natura aut moribus impossibiles, quæ proinde magis curam quam conditionalem faciunt defuncti dispositionem, §. *impossibilis* 10. *Instit. de hered. instit. l. conditiones* 4. *l. quidam in suo* 27. *ff. h. t. l. servo alieno* 113. §. *ult. ff. de legat.* 1. *l. reprehendenda* 5. *C. de instit. & substit. l. non dubitamus* 20. *si de condit. et demonstrat.* nisi filiusfamilias a patre sub turpi conditione institutus sit; quippe qui tunc pro præterito habetur, *l. filius qui* 15. *ff. h. t.* quemadmodum etiam impossibilis verborum perplexitate facit, ut dispositio nulla sit, *l. si Titius heres* 16. *ff. h. t.* Sicut impossibilis perplexitate rerum, seu prope impossibilis, ob præstationis difficultatem fere derisoriam reddit testatoris voluntatem, *l. cum heres* 4. §. *non est* 1. *ff. de statu liberis.* Ad conditiones autem moribus impossibiles seu turpes etiam relata fuit conditio *jurandi*, veluti Titio heres esto, *si juraverit se aliquid facturum esse*; quam & ideo prætor remittit generaliter & in perpetuum, ut per singulos remissionem peti necesse non sit, ac relicta ita capi concedit, uti capiunt hi, quibus nulla talis jurisjurandi conditio inseritur. Cum enim faciles sint nonnulli homines ad jurandum contemtu religionis, alii perquam timidi metu divini Nominis usque ad superstitionem, (ut loquitur Ulpianus) ne vel hi vel illi aut consequerentur aut perderent quod relictum est, consultissime prætor intervenit, maxime, quia potuit is, qui voluit factum, quod religionis conditione adstringit, sub conditione faciendi relinquere. Atque hinc etiam est, quod licet prætor remittat necessitatem jurisjurandi, non tamen etiam faciendi id, quod honoratus se facturum jurare jussus est, quoties id nullum probrum in se habet, *l. quæ sub conditione* 8. *pr. et* §. *quotiens* 6. *et* §. *ult. ff. h. t. l. non dubitamus* 20. *l. hæc scriptura* 26. *ff. de condit. et demonstrat.* Et hæc adeo vera, ut cum alternativa conditione *vel decem millia dandi, vel aliquid jurandi*, honoratus quis esset, & ob id prima specie videretur conditio jurandi haud remittenda, quia potest alteri conditioni parendo securus esse: prævaluerit tamen, etiam hoc casu jurisjurandi conditionem remitti oportere, ne alterius conditionis evitandæ gra-

tia ad jurandum urgeatur, *d. l.* 8. §. *sed si sub* 5. *ff. h. t.* Si tamen sponte sua jurare velit, & ita se obligare ad ea, quæ testator jurari voluit, nulla in eo turpitudo hæret: & ita forte accipienda, *l. Amistius* 62. *ff. de acquir. vel omitt. hered. l. municipibus* 97. *ff. de condit. et demonstr.* licet aliter sentiat Cujacius *lib.* 5. *observ.* 1.

16. Si quæras, cur impossibilis conditio vitiet contractus, juxta *l. non solum* 31. *ff. de oblig. et act.* vitietur vero & pro non scripta habeatur in testamento; ratio videtur esse, quod, dum simul communi consensu talem contractui opponunt conditionem, manifestum videatur, eos impossibilitatem scientes eo animo fuisse, ut nec se aliis, nec alios sibi, voluerint obligare, sed magis ludere: *seu, quia* ut Macianus ait in *d. l.* 31. *in ea re, quæ ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectatur; quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment, apposita ea conditione, quam sciunt esse impossibilem.* Testator autem supremam condendo voluntatem, atque ita de extremis sollicitus, non præsumitur voluisse jocari in re tam seria, sed serio agere; atque ita magis incogitanter ei aliquid excidisse, quod heredi instituto imputari non potest, uti quidem contrahenti utrique, & ob id heredi quoque non debebat fraudi esse, arg. *l.* 1. *ff. h. t.* & quæ ibi Gothofredus *in notis* habet. Qualis ratio cum nec moribus nostris cesset, dicendum videtur, non modo turpes atque probrosas conditiones pro non scriptis hodie haberi, de quo fere consensus pragmaticorum est, Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 23. *num.* 10. & plures citati a parente p. mem. Paulo Voet ad §. 11. *instit. de hered. instit. num.* 2. *in pr.* sed & eas, quæ natura impossibiles sunt, licet dissentiat Grotius *d. manuduct. lib.* 2. *cap.* 18. *num.* 32. 33. & Groenewegen *ad* §. 10. *Instit. de hered. Instit.* Si enim moribus turpes aut legibus interdictæ conditiones ideo pro non scriptis habeantur, quia juris interpretatione creduntur impossibiles, utcunque naturaliter impleri possint, *l. filius qui* 13. *ff. h. t.* longe magis pro non scriptis habendæ, quarum implementum non fictione quadam civili, sed naturali ratione, impossibile est: Adde parentem *d. num.* 2. *in med.*

17. Sed & multæ conditiones sunt, quæ licet existere debeant, non tamen suspendunt testatoris dispositionem, quales quæ certo sunt extituræ, nec possunt deficere, *l. servum meum* 50. §. 1. *ff. de hered. instit. l. heres meus* 79. *ff. de condit. et demonstrat. l. impossibilis* 7. *ff. de verb. oblig.* §. *si impossibilis* 11. *in fine, Instit. de inutil. stipulat.* arg. *l. si pupillus* 9. §. 1. *ff. de novation.* Uti & in præteritum aut præsens conceptæ, veluti, *si Mævius consul sit vel fuerit, l. institutio talis* 10. §. 1. *ff. h. t.* §. *pen. Instit. de verbor. obligat. l. conditio* 100. *l. si ita stipulatus* 120. *ff. de verb. oblig. l. cum in secundo* 16. *ff. de injusto rupt. irrit. test. l. cum ad præsens* 37. *ff. de reb. creditis,* denique, quæ tacite insunt ex natura rei, *l. conditiones* 99. *ff. de condit. et demonstr.* Adde *num.* 3. *h. t.*

18. Sciendum tamen, ratione implementi conditionis multum inter potestativas, casuales, & mixtas interesse; licet enim casualis omnino existere seu impleta esse debeat, ut dispositio effectum sortiatur, tametsi forte nullius intersit eam extitisse, dum in se spectata levis atque inutilis est; eo quod inspicienda potissimum est voluntas testatoris, quæ conditiones regit, arg. *l. in conditionibus* 19. *l. Mævius* 55. *ff. de condit. et demonstr.* licet etiam mixta præcise debeat evenisse, quatenus casuale quid continet; ita ut, ea casu deficiente, dispositio quoque corruat, arg. *l. in testamento* 31. *ff. de condit. & demonstr. l. legatum* 4. *C. de condit. insertis,* Sande *decis. frisic. lib.* 4. *t.* 6. *defin.* 2. post Menochium, Vasquium, Sarmientum, Grassum, Donellum, aliosque ibi adductos; tamen potestativa sæpe pro impleta habetur, licet vere impleta non sit. Quod ut apertius intelligatur, observandum, deficere posse potestativam conditionem vel facto ipsius testatoris, vel facto ipsius honorati, vel facto tertii cujus interest eam non impleri, vel facto tertii in cujus persona implenda erat, vel facto tertii cui nec seritur nec metitur, vel denique casu. Si facto ipsius testatoris implementum non sequatur, defecisse conditio intelligitur, nec relicta peti possunt, veluti si testator leget Titio sub conditione, *si is solvat Mævio quod testator legans Mævio debet,* & testator postea vivus ipse illud debitum exsolvat, *l. cum tale* 72. §. *pen. ff. de condit. & demonstrat.* facit *l. qui concubinam* 29. §. *ult. ff. de legatis* 3. *l. falsa demonstratio* 33. §. *ult. de condit. & demonstrat.* Sed, & si ipsius honorati facto non impleatur conditio, dum implere valens, implere tamen non vult, etiam tunc pro defecta habetur, nec debetur quod relictum est, *l. si ea conditione* 3. *C. de condit. insertis, l. in testamento* 31. *in med. ff. de condit. et demonstr. l.* 1. 2. *C. de instit. et substit.* Adeo ut, si semel serio professus fuerit, se potestativam conditionem implere nolle, ex pœnitentia deinde implementum offerens audiendus non sit, aut ad relicta admittendus; cum jam semel jus aliis, puta heredibus, coheredibus, substitutis, collegatariis, aut ab intestato succedentibus quæsitum sit, & nemo consilium suum in alterius præjudicium mutare possit, arg. *l. ult. in med. C. de condit. insertis l. si ita fuerit* 13. *ff. de manumissis testamento, l. statu liberos* 3. §. *Stichus* 13. *ff. de statu liberis,* junct. *l. nemo potest mutare* 75. *ff. de regul. juris.* Stare autem per honoratum videtur, non modo si aperte implementum neget, sed &, si ea committat, propter quæ consultum haud est, implementum a tertio admitti. Qua ratione, cum Mævia Titio legasset sub conditione, *si is administrationem rerum nepotis ad sollicitudinem suam revocaverit,* Titius autem propter fraudem aliamve quam justam causam improbandæ operæ causa remotus esset ab administratione, quæ secundum defunctæ voluntatem facienda erat; eum relicta haud percepturum, colligi potest ex *l. Mævia nepotem* 13. *ff. de annuis legatis.* Eoque ex fundamento novercam relicta sibi a marito sub conditione, *si cum privignis in eadem domo morata fuerit,* haud percepturam, si rixis suis & odiis novercalibus in causa fuerit, quo minus cohabitatio continuetur, adstruit latius ampliss. D. Joh. a Someren *de jure novercar. cap.* 9. *n.* 5.

19. Contra vero, si implementum ejus impediverit tertius, cujus intererat eam haud impleri, cum honoratus implere vellet, perinde habetur, ac si impleta esset, & relicta præstanda sunt, *l. in jure civili* 161. *ff. de reg. juris, l. si filius* 33. §. 1. *ff. de fideic. libert. l. si post diem* 5. §. *item si* 5. *ff. quando dies*

legat. cedat, *l. Julius Paulus* 81. §. 1. *ff. de condit. & demonstr. l. jure civili* 24. *ff. eod. tit.* ubi addendam esse voculam *non*, adeoque legendum esse, *non impleri*, contextus jubet, & monet Gothofredus *in notis*, & Vinnius *ad Peckium de re nautica*, *ad l.* 10. *ff. ad leg. Rhod. de jactu lit. b.* Confer Bruselium *de conditionibus lib.* 3. *t.* 4. *num.* 3. Idemque est, si impeditum sit implementum facto tertii, in cujus persona conditio implenda erit, veluti *si decem Caja det*, *si Cajam in uxorem ducat*, & illa decem acceptare nolit, vel in nuptias consentire, *l. si quis testamento* 11. *ff. h. t. l.* 1. *C. de instit. & substit. l. si post diem* 5. §. *item si* 5. *ff. quando dies legat. cedat. l. Titius, si statuas* 14. *l. in testam.* 31. *l. Julianus ait* 45. *ff. de condit. & demonstrat. l. Meviae* 13. *pr.* & §. 1. *ff. de annuis legatis*, vel turpe & luxuriosum ac impudicum vivendi genus eligendo sese nuptiis honesti viri indignam effecerit, arg. *l. cum ita legatum* 65. §. 1. *ff. de condit. & demonstr. l. Mevia* 15. *ff. de annuis legatis*, *l. non tantum* 5. §. *si emancipatus* 4. *ff. de bonor. poss. contra tab.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 32. *in fine*. Neque etiam his in casibus poenitentia illius, qui semel impedivit conditionis implementum, potest postea honorato imponere implendi necessitatem, sed sufficit, quod sese semel serio, & uti oportet, ad implendum obtulerit, ut relictum capiat: atque ita is, cui imposita conditio ducendi Titiam, si eam non perfunctorie, sed serio atque instanter ambiens, viri boni arbitratu & ex more regionis, repulsam tandem passus sit, postea eam ducere non tenetur, licet mutata mente paratam eum in maritum accipere, & nihilominus relicta retinebit, arg. *l. statuliberos* 3. §. *Stichus* 13. *ff. de statuliberis*, *l. ult. post med. C. de condit. insertis*, Zoesius *ad tit. ff. de condit. & demonstrat. num.* 51. (Adde *tit. de sponsalibus num.* 7.). Nisi forte annuum legatum sub tali dandi aut ducendi conditione relictum sit; tunc enim, quia non unum sed plura legata sunt, videtur adhuc implenda conditio post poenitentiam ejus, in cujus persona debeat implementum fieri; non ad id, ut annua hactenus percepta reddantur, si non impleat, sed ad id, ut in futurum debeantur, *l. pater Severianam* 101. §. *ult. ff. de condit. & demonstr.*

20. Quod si facto tertii, cujus non interesset, utrum conditio existat, nec ne, impeditum fuerit implementum ejus, veluti, cum Titio legatur, *si is Stichum servum suum manumiserit*, & Stichus a tertio occidatur, conditio pro defecta habetur, nec quicquam ad honoratum devolvi potest, si mortuo demum testatore caedes facta sit: & hoc est, quod a Juliano supponitur in *l. inde Neratius* 23. §. *idem Julianus* 2. *ff. ad leg. Aquil.* cum ait, *si institutus fuero sub conditione* si Stichum manumisero, & *Stichus sit occisus post mortem testatoris*, *in aestimationem etiam hereditatis pretium me consecuturum*; *propter occisionem enim defecit conditio. Quod si vivo testatore occisus sit*, *hereditatis aestimationem cessare*; *quia retrorsum quanti plurimi fuit inspicitur.* Sed si vivo testatore servus manumittendus occisus sit, conditio magis pro impleta habetur, si modo testator adhuc superstes sciverit, facto tertii rem ad eum casum deductam esse, ut existere amplius non possit: tum quia manumissio demum post mortem testatoris, & animo conditionis implendae, fieri debet, arg. *l. conditionum* 2. *l. si jam facta* 11. §. 1. *ff. de condit. & demonstrat.* tum; quia testator sciens, eam ab honorato per talem casum supervenientem impleri non posse, facile suam potuisset mutare voluntatem, si noluisset relicta praestari, ac id non agens, credendus est in eadem liberalitatis voluntate perstitisse. Et hoc ipsum dictat quoque adductus paulo ante Juliani locus ex *d. l.* 23. §. 2. *ff. ad leg. Aquil.* dum illic asserit, hereditatis aestimationem cessare, si servus manumittendus vivo testatore occisus sit, Bruselius *de condition. lib.* 3. *t.* 4. *num.* 5. *fere in fine*. Dissent. Donellus *comment. juris civilis lib.* 8. *cap.* 34. versu, *quid dicemus*. Nec movet, quod Julianus ejus rei rationem non inde petierit, quod conditio pro impleta habeatur, sed ex eo, *quia retrorsum quanti plurimi fuit inspicitur* in legis Aquiliae actione. Etenim verba illa sic accipienda, ac si dixisset, hereditatis aestimationem in legis Aquiliae actionem haud venire, quia, si retro annum respicias, institutus, qui manumittere debebat, quo heres fieret, per caedem servi vivo testatore contingentem nullum hereditatis amissae damnum sensit; non sensit autem non alia ex causa, quam quia conditio hoc casu pro impleta habetur, & hereditas adiri potest, ubi testator eam haud ademit per novam mutatae voluntatis testationem. Aliter enim si verba illa interpreteris, ratio Juliani & falsa & inepta erit. Nam etsi verum sit, retro ultra annum nullam aestimationem legis Aquiliae actione peti, falsum tamen est, nullam in ea damni futuri haberi rationem, dum & servi mutilati operae, quam in futurum praestitisset, & utilitas, quae ex artificio servi in futurum speratur, aliaque plura futura aestimanda ac praestanda sunt; atque ipsa etiam hereditatis non quaesitae sed per conditionis implementum & aditionem quaerendae aestimatio fieri debet, in casu, quo post mortem debet, demum testatoris servus, qui manumitti debuerat, a tertio occisus est, *d. l.* 23. §. 2. Nec hisce contrarium est quod a Modestino responsum fuit, libertum, cui a patrono fideicommissum relictum erat sub conditione, *ne a filiis ejus recederet*, emolumentum fideicommissi percepturum, si per tutores filiorum factum sit, quo minus conditioni pareret, *l. Titio cum testamento* 34. §. *si ea* 4. *ff. de legatis* 2. Unde videri posset, etiam implemento post mortem testatoris impedito per factum tertii, cujus non interest, conditionem pro impleta habendam esse. Etenim factum tutorum ibi pro facto ipsorum pupillorum reputatur, cum tutores etiam circa ipsa conditionum implementa, & implementorum impedimenta, pupillos repraesentent, *l. cum pupillus* 78. *ff. de condit. & demonstrat.* adeoque per ipsos gravatos stetisse videtur, quo minus conditio impleta sit: quo casu eam pro impleta haberi supra dictum, & in *d. l.* 78. definitum est.

21. Si casu fortuito superveniente non sequatur id, quod conditione potestativa comprehensum est, veluti mortalitate personae, circa quam implementum conditionis faciendum erat, dum quis institutus vel legato honoratus est, *si Stichum servum suum manumiserit*, eodem modo, uti in ea superiore, videndum, utrum vivo an mortuo testatore casus talis extiterit. Nam si vivo testatore mortuus sit Stichus manumittendus, conditio pro impleta habetur, aut certe non pro defecta, & ob id relicta debentur quasi per honoratum non

steterit, quo minus impleatur, *l. quæ sub conditione* 8. §. *pen. l. qui ex fratribus* 24. *ff. h. t. l. turpia legat* 54. §. 1. 2. *ff. de legatis* 1. *l. filiæ* 28. *ff. de condit. & demonstr.* eo, quod honoratus potestativam conditionem regulariter non vivo sed mortuo demum testatore implere debet, *l.* 2. *ff. de condit. & demonstr.* (de quo in seqq.) quodque testator, si noluisset, deficiente conditione honoratum relicta capere, hic quoque id facile potuisset posteriore immutare voluntate, sciens, se vivo rem jam ad eum devenisse casum, ut per rerum naturam implementum conditionis sequi non possit. Unde etiam tum demum conditionem hoc in casu pro impleta habendam puto, cum testator ipse non ignarus fuit, conditionem illam, sub qua quid reliquerat, impleri amplius per honoratum haud potuisse. Nam si id ignoraverit, magis est, ut relicta non debeantur, dum incertum est, an testator, si scivisset, conditionem per casum supervenientem impleri non posse, voluntatem suam non fuisset mutaturus, quod nunc morte præventus facere nequit. Neque evertitur hæc sententia per *l. Stichum Attio* 39. §. *si Stichus* 4. *ff. de statuliberis*, ubi, cum testator libertatem Sticho legasset, *si is Attiæ mille nummos dederit*, & Attia vivo testatore decessisset, Labeo & Ofilius responderunt, non posse Stichum liberum esse; asseritque Javolenus, auctor legis, *Labeonis & Ofilii sententiam rationem quidem habere, sed hoc jure nos uti, ut is servus ex testamento liber sit.* Unde dicendum videbatur, ex jure quidem communi, secundum Labeonis ac Ofilii sententiam defecisse conditionem legato appositam per mortem Attiæ, vivo testatore contingentem, sed jure singulari & favore libertatis servum tamen liberum fore; eo modo, quo id etiam fit in casu *l. si peculium* 20. §. *is cui* 3. *ff. de statuliberis*. Sed non ita est. Nam etsi Labeonis & Ofilii sententia sua non fuerit destituta ratione, quod scilicet deficiente conditione relicta non debeantur, tamen jam hoc jus invaluerat, conditionem potestativam deficientem vivo adhuc testatore per mortem tertii, in cujus persona implementum fieri debebat, pro impleta haberi; ac proinde asseritur, servum non ex lege, seu ex specialis legis beneficio, sed ex jure communi, seu *ex testamento liberum fore*, ut ipsa lex habet. Atque ita lex illa 39. §. 4. magis hanc, quam tueor, confirmat opinionem, imo firmissimum in ea argumentum est, quo præcipue me adductum profiteor, ut hanc sequerer opinionem, rejecta ea, quæ Donelli est, censentis, promiscue conditionem pro defecta haberi, sive vivo sive mortuo testatore decesserit ille tertius, in cujus persona conditio implenda fuerat, *Comment. jur. civil. lib.* 8. *cap.* 34. Et quod attinet ad *d. l.* 20. §. 3. *ff. de Statuliberis*, ubi cum Sabinus censuisset, mortuo eo, cui servus decem dare jussus erat, ut liber fieret, eum liberum fore, si decem parata habuisset, quasi non staret per ipsum quo minus daret; Julianus ex adverso definivit *favore libertatis constituto jure* (id est ex singulari privilegio, arg. *l.* 1. *in fine ff. de act. rer. amot.*) *hunc ad libertatem perventurum; & adeo ex constituto potius jure, quam ex testamento, eum ad libertatem pervenire, ut si eidem & legatum sit, mortuo eo, cui dare jussus est, ad libertatem quidem perventurum, non autem & legatum habiturum esse;* ex ea sane id primo efficitur ut dubitari nequeat, quin *ex testamento, & non ex jure constituto liberum fieri*, idem sit in *d. l.* 39. §. 4. ac si diceretur, *ex jure communi & non ex privilegio liberum esse*, debebat autem in specie facti illius *l.* 20. §. 3. servus *non ex testamento*, sed *ex jure constituto*, seu singulari, liber fieri, quia mors ejus, cui servus dare jussus erat, mortuo demum testatore supervenerat; uti id inde patet, quod dicitur eum liberum fore *si decem parata* habuisset, parata autem habere debuerit post mortem testatoris; cum & ipsam dandi conditionem demum ex certa scientia post obitum testatoris implere debuisset, ac frustra foret, si vivo testatore vel conditionem impleret, vel nummos implementi faciendi gratia haberet paratos, ut infra adnotatur *n.* 26. & constat ex *l.* 2. *ff. de condit. & demonstr.* Neque interest hac in parte, utrum conditio & relicti præstatio momentanea sit, an tractum & permanentiam temporis habeat. Qua ratione, si quis annua quibusdam legaverit, *si moreretur cum patre ejus*, mortua matre, conditionem appositam non defecisse, annua deberi, Scævola respondit, *l. annua his* 20. *pr. ff. de annuis legatis.* Nec contradicit Papinianus in l. *Sejo amico* 10. *ff. de annuis legatis*, ubi cum Titia cavisset, *Sejo, si voluerit, sicut meis negotiis interveniebat, eodem modo filiorum meorum intervenire, annuos senos aureos & habitationem ei præstari volo*, & viva Titia, duo ex tribus filiis decessissent, respondit, annua Sejo non in totum sed tantum *pro parte hereditaria adhuc viventis filiæ deberi*, quia *tam labor quam pecunia divisionem receperat.* Quod enim id eo in casu placuerit, inde est, quia non perduravit sed mutata fuit voluntas testatricis; quippe quæ mortuis duobus filiis testamentum aliud condiderat, & loco filiorum defunctorum aliis heredibus institutis, neque onus administrationis ratione heredum surrogatorum, neque conditionem repetierat, adeoque labore dividendo, seu Sejum exonerando a labore, etiam pecuniæ præstationem diminuisse videbatur; imo per posteriorem testatricis voluntatem & factum, videbatur stare, quo minus Sejus omnia curaret liberorum negotia, adjunctis filiæ heredibus aliis, quo modo impeditum conditionis implementum efficit, ut ea secundum ante tradita defecisse intelligatur, Brussellius *de condition. libr.* 3. *tit.* 4. *n.* 5. *in med.* vel, si legem illam non de heredibus per Titiam in locum filiorum præmortuorum institutis; sed de ipsorum filiorum præmortuorum heredibus per eos institutis, accipere malueris, responderi potest, in ea agi de tali casu, quo testatrix propter utilitatem filiorum annua Sejo reliquerat, quæ tunc non ultra filiorum vitam præstari, patet ex *l. illis liberis* 84. *in fine ff. de condit. & demonstr.* & mox latius adnotabitur. Quod si ex adverso post mortem demum testatoris casus fortuitus mortalitatis extiterit, quo impeditum fuit potestativæ conditionis implementum, ipsa quoque conditio defecta censetur, *l. in testamento* 31. *l. Julius Paulus* 81. *l. pater Severianam* 101. *ff. de condit.* & *demonstr.* & ad talem casum restringenda, quæ generalius traduntur in *l. cum ita datur* 94. *ff. de condit. & demonstr. l. legatum* 4. *C. de condit. insertis*, Cujacius *libr.* 17. *observ.* 22. Brussellius *de conditionibus libr.* 3. *tit.* 4. *n.* 5. *post. med.* Hujus vero assertionis illa ratio est, quod incertum sit, an, si testator scivisset, conditionem ex illo superveniente casu impleri non posse, adhuc in eadem fuisse voluntate persistiturus. Nec refert, an, deficiente conditione potestativa post mortem testatoris per

casum fortuitum, is, qui eam implere debuerat, moram aliquam in ea implenda fecerit, an ante ullam moram casus post testatoris obitum supervenerit, quo implementum impeditum fuit. Qua ratione, cum fundus Titio legatus esset, *si centum Symphoro & Januario præstiterit*, & Symphoro ante centum data mortuo, quæreretur, an periisset legatum ob conditionis defectum, benigna interpretatione responsum a Pomponio fuit, legatarium partem dimidiam Januario dantem, partem dimidiam fundi consecuturum esse, *si non post moram Titii Symphorus decesserit*, *l. pen. §. item 1. ff. de condit. & demonstr.* adeoque definitam quidem benigne fuit, hanc conditionem *si centum Symphoro & Januario dederit*, tali in casu dividuam esse, & pro parte impletam etiam inducere obligationem ad partem legati si nulla legatarii mora fuerit; sed tamen simul inde apparet, pro parte dimidia legatum corruere, quia Symphoro jam mortuo dimidia pars centum dandorum dari non potuit, & ob id pro parte conditio defecit, licet nullam respectu Symphori moram legatarius commisisset. Idemque etiam colligi potest ex *l. si peculium 20. §. is cui 3. ff. de statu liberis*, ubi, cum post obitum testatoris moreretur is, cui servus decem dare jussus erat ut liber fieret, & Sabinus censuisset, servum ex testamento liberum fore, si decem habuisset parata, quasi per eum non stetisset, quo minus daret, Julianus contra existimavit, hunc favore libertatis ex constituto potius jure, seu singulari privilegio, quam ex testamento ad libertatem pervenire. Quod si duobus dare jussus, uni tantum dare possit, morte alterius post testatoris obitum superveniente, aliove casu simili præpeditus conditionem in eo implere, favore ultimarum voluntatum benigne placuit, conditionem dandi in eo, qui superest, impleri pro rata parte posse, atque ita nasciturum quoque pro ea parte jus ad relicta percipienda; si modo secundum paulo ante dicta honoratus nullam personæ mortuæ intuitu moram fecerit, *d. l. pen. §. item 1. ff. de condit. & demonstr.*

22. Plane in legatis illis conditionalibus, quæ & in conditione apposita & in ipsius legati præstatione tractum atque permanentiam temporis desiderant, veluti, si mater filio herede instituto, *Sempronio decem annua legaverit, si is cum filio ejus moretur*, superveniens post mortem testatoris mortalitas illius personæ, circa quam implementum talis conditionis fieri debet, neque conditionis defectum pariet, neque interrumpet præstationis continuationem, sed & ultra mortem istius filii, cum quo legatarius morari debebat, annui obligatio ad mortem legatarii perdurabit, *l. libertis 18. §. manumissis 1. l. Stichus nutricis 20. §. ult. ff. de alim. & cibariis legatis l. illis libertis 84. ff. de condit. & demonstr.* si modo honoratus usque ad illius filii mortem paruerit conditioni; adeo ut, si filius ad tempus implementum impediverit, dein mutata voluntate implementum conditionis fieri patiatur, honoratus adhuc conditioni parere debeat, quia annua legata plura sunt, *l. pater Severianam 101. §. ult. ff. de condit. & demonstr. d. l. 20. §. ult. ff. de alim. & cib. legatis.* Et hæc ita obtinent, etiamsi testator formula tali usus esset, *quoad cum Claudio justo morati eritis, alimenta vobis do, lego*; ita probabilem defuncti cogitationem interpretante Imperatore in *l. 1. C. de legatis*, *l. Gajo Sejo 13. §. Imperator 1. ff. de aliment. & cibar. legatis*, *l. qui quatuor 30. §. uxore 5. ff. de legat. 3.* Brussellius *de condit. libr. 3. tit. 4. n. 5. ante med.* Eoque facit argumentum ex *l. ambiguitate 12. pr. & §. 1. C. de usufructu.* Nisi tamen appareat, testatorem propter utilitatem filii aut alterius personæ, cum qua morari jussit, alimenta præstari voluisse his, qui cum eo moraturi essent: tunc enim contra voluntatem defuncti petentes relicta ultra mortem ejus, quocum morari debuerant, audiendi non sunt, *d. l. illis libertis 84. in fine ff. de condit. & demonstr.*

23. Observandum autem, distinctiones hactenus propositas circa implementum potestativæ conditionis non ita in libertatibus sub tali conditione legatis probatas fuisse, sed libertatis favore, jure singulari, pro impletis fuisse habitas, quoties per ipsum servum libertatis legato honoratum haud stetisset, quo minus implerentur, quæ per modum conditionis ipse implere jussus erat. *l. ult. C. de condit. insertis*, *l. statu liberos 3. pr. et §. 3. 4. 8. 9. 10. 11. l. si peculium 20. §. is cui 3. l. non omne 38. l. Stichum 39. §. Dama 3. ff. de statu liberis*, *l. libertate 55. ff. de manumiss. testam. l. si filius 33. §. erit 1. l. Thais 4. §. Spendophorus 16. ff. de fideicomm. libert. l. sub diversis 51. §. 1. ff. de cond. & dem.* adeoque non satis recte ex legibus hisce de libertate sic data tractantibus argumentum ad alios posse casus causasque promiscue transferri. Confer Brusselium *de condit. lib. 3. t. 4. n. 2.*

24. Cæterum implendæ conditiones per eos, quos testator designavit, adeo ut, si honorato implementum a testatore impositum sit, heres ejus implendo eam nihil agat; quia ante conditionis implementum spes institutionis aut legati conditionalis ad heredes non transmittitur: in quo dispositiones testamentariæ ab actibus inter vivos conditionalibus diversæ sunt, quod posterius explicabitur in *tit. de oblig. et act. l. ab omnibus 104. §. in testamento 1. ff. de legatis 1. l. a testatore 109. ff. de condit. & demonstrat.* junct. *l. is, cui sub 42. ff. de obligat. et action. §. sub conditione 4. Inst. de verb. oblig.* Sed nec per substitutum recte impletur factum conditione comprehensum, quoties isti facto artificium cohæret, cujus intuitu singularis personæ industria a testatore spectata fuit, *l. fideicommissa 11. §. ult. ff. de legatis 3. l. inter artifices 31. ff. de solution. l. ult. ff. h. t. l. Stichum: Attio 39. §. ult. ff. de statu liberis l. unic. §. ne autem 9. C. de cad. toll.* & quid juris sit, si plures sub una conditione honorati sint, ac unus solus factum impleverit, jam supra adnotatum *n. 5.* Quod si non *faciendi*, sed *dandi* conditio sit, eam ex jussu ejus, qui dare debebat, per alium impleri posse, dubium non est, *d. l. 39. §. ult. ff. de statu liber. l. Arescusa 15. in fine ff. de statu homin. d. l. ult. ff. h. t.* Sane, si monasterio vel ecclesiæ vel pupillo aut similibus quid sub conditione relictum sit, Abbatem aut præpositum aut tutorem vel curatorem conditionis implementum facere posse ac debere, si non id, quod personæ pupilli cohæret, conditione comprehensum sit, dubium non est, *l. pupillorum 21. C. de admin. tut. arg. l. si fundus 13. l. cum pupillus 78. ff. de condit. & demonstr. l. servus decem 68. l. Stichum 95. §. nam si furiosi 7. ff. de solutionibus*, Responsa Jurisc. Holl. *par. 4. consil. 172. in med.* Sicut & fiscus, ubi successit in locum ejus, qui conditionem implere debuerat, *l. in fa-*

cto 60. §. 1. *de condit. & demonstr.* Si servus aut filiusfamilias aut impubes similesque sub conditione heredes scripti vel legato honorati sint, etiam sine patris dominive jussu aut tutoris auctoritate conditionem implere prohibiti non sunt; eo quod neque sibi neque patri dominove, in cujus potestate sunt, ita præjudicant; sed per implementum id tantum efficiunt, ut a testatore disposita ex conditionibus pura fiant; nec interest, utrum casualis sponte existat, an potestativa impleatur, *l. si pupillus* 26. *ff. h. t. l. conditionibus* 5. *pr.* & §. 1. *ff. de condit. & demonstr.* Quod autem a Modestino scriptum, *servum sub conditione heredem institutum sine jussu domini conditioni parere non posse*, *l. sub conditione* 25. *ff. h. t.* id vel ita accipiendum est, ut implere nequeat ad eum effectum, ut inde domino præjudicium fieret, forte aliquid dando ex re peculiari aut dominica: vel delenda vocula *non* cum Cujacio *lib.* 2. *observ.* 16. præsertim, cum probabilis non sit tam insignis oscitantia eorum, qui Pandectas digesserunt, ut manifestam in duabus legibus in eodem titulo connexis (qualis est *d. l.* 25. & *l.* 26. *ff. h. t.*) antinomiam proferrent.

25. Sed & amplius conditiones plerumque specifice ac ex præscripto testatoris implendæ sunt, utcunque implementum alteri utile non sit. Hinc, cum testator Nævio fundum legasset sub conditione, *si is decem dederit Callimacho*, cum quo non erat testamenti factio, conditioni Mævius parere debet, & decem dare, ut ad eum fundus legatus pertineat, licet nummos non faciat accipientis, *l. Mævius, cui* 55. *ff. de condit. et demonstrat.* Sed nec per æquivalens conditioni parere jura regulariter permittunt. Qua ratione, si testator opus publicum in municipio per heredem fieri jusserit, is autem paratus sit pecuniam dare Reipublicæ, ut ipsa faciat, audiendus non est, *l. fideicommissa* 11. §. *ult. ff. de legatis* 3. & qui honoratus est sub conditione, *si heredi vel, vel alteri decem dederit*, cum is servus esset, ipsi servo non domino ejus dare debet, & vice versa domino dare jussus, si servo ejus dederit, conditionem dandi implevisse haud videtur, *l. qui heredi* 44. *pr.* & §. 1. & 4. *ff. de condit. & demonstr. l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *nam si furiosi* 7. *ff. de solution.* Adde Gomezium *variar. resolution. tom.* 1. *cap.* 12. *n.* 77. Manticam *de conject. ult. volunt. lib.* 11. *t.* 17. Quin imo, si heres, cui legatarius conditionis implendæ causa decem dare jussus erat, decem illam legatario accepto tulisset, non videri eum conditioni paruisse quasi dederit, Julianus ait, sed tamen, quasi per heredem stet, quo minus paret, posse petere legatum, *l. Julianus ait* 45. *de condit. & demonstr.* Eodemque ex fundamento nec per compensationem impleri posse *dandi* conditionem, dictum *in t. de compensat. n.* 16. *post med.* Si tamen conditio testamento inserta sese habeat tanquam medium & via ad finem ulteriorem, etiam modo alio, quam qui per testatorem expressus erat, implementum accipere potest, & relicta deberi. Unde si cui fideicommissum ita fuerit relictum, *si morte patris sui juris fuerit effectus*, & is emancipatione sui juris factus sit, aut patris sui deportatione, non videri defecisse conditionem, & responsum & rescriptum est: eo quod testator tali conditione non aliud intendebat, quam ut ipsi filio, non autem patri jure patriæ potestatis, relicta quærantur, *l. fideicommissa* 11. §. *si cui ita* 11. *ff. de legatis* 3. *l. si mater* 3. *C. de inst. & subst.* In libertate quoque legata, sub conditione *dandi certam rem*, etiam rem aliam aut æstimationem ejus dari posse, jure singulari, favore libertatis, a Justiniano constitutum est *l. ult. in fine Cod. de condit. insertis*.

26. Tempus quod attinet, quo conditiones existere debent, ut relicta capiantur, si quidem testator id definierit, voluntati ejus standum est, *l. si peculium* 20. §. *ult. in fine ff. de statu liberis*. Quo non facto, conditiones aliæ sunt, quæ non nisi vivo testatore impleri possunt; aliæ quæ non nisi mortuo testatore, aliæ denique, quas vel vivo vel mortuo testatore extitisse suffecerit. Vivo tantum testatore impleri possunt illæ, quæ in propria ipsius persona implementum capere debent, veluti, *si Titia mihi nubat*, *si Cajus mihi decem det*, *si fuerim consul factus*, & similia; quod & ipsa rei natura docet *l. conditionem* 91. *ff. de condit. & demonstr.* Contra, non nisi post mortem testatoris implementum fieri debet conditionis illius, si funus mihi fecerit, si ad exsequias funeris mei venerit, *d. l.* 19. uti & conditiones illæ, quæ *promiscuæ* appellantur, veluti, *si Capitolium ascenderit*, *si decem dederit*, & quæ sunt alia hujus generis plura; adeo ut & scire debeat, hanc conditionem testamento insertam esse; nec paruisse videatur, aut obtemperasse voluntati defuncti, si talia fato fecerit, sine conditionis implendæ intentione, *l. conditionum* 2. *l. si jam facta* 11. §. 1. *ff. de condit. & demonstr.* Denique vel vivo vel mortuo testatore implementum admittunt, & ita relicta deberi faciunt, conditiones illæ, quæ *non promiscuæ* dicuntur, ut puta, *si navis ex Asia venerit*, *si Mævius consul fiat*, *d. l.* 2. & *l.* 11. §. 1. *l. Publius Mævius* 36. *ff. de condit. & demonstr. l. si quis heredem* 7. *Cod. de inst. & subst.* Per *promiscuas* autem conditiones plerique denotatas putant impletu faciles, per *non promiscuas* impletu difficiles. Sed magis est, ut *promiscuæ* conditiones pro potestativis, & *non promiscuæ* pro casualibus accipiantur, prout & exempla in *d. ll.* subjuncta demonstrant. Et potestativæ quidem *promiscuæ* nominantur, quia possunt semper ex potestativis casuales fieri, ac casu deficere. At e converso casuales non possunt fieri potestativæ, & ob id dicuntur *non promiscuæ*, quasi tales, quæ non possunt promiscue casuales vel potestativæ esse, arg. *l. suus quoque* 4. §. *puto* 1. *ff. de hered. inst.* Gothofredus *in notis ad d. l.* 11. §. 1. *ff. de condit. & demonstr.* Cujacius *lib.* 14. *observ.* 2. Et ad hasce conditiones non promiscuas relata quoque fuit ea, *si filia mea nubat*; præsertim, quia hæc talis est, ut semel impleri debeat, & ex hoc fundamento omnes illæ, quæ reiterabiles, ut loquuntur, non sunt, *l. hæc conditio* 10. *l. si ita legatum* 68. *ff. de condit. & demonstr. l. si quis heredem* 7. *Cod. de inst. & subst.* Brunnemannus *ad d. l.* 7. Barry *de successión. libr* 17. *t.* 6. *n.* 6. Nam etsi secundæ & ulteriores nuptiæ vetitæ non sint, tamen ex voto nubentium primæ perpetuæ sperantur futuræ; unde & dotis causa perpetua esse dicitur, ac cum voto ejus, qui dat, ita contrahi, ut semper apud maritum sit, *l.* 1. *ff. de jure dot.* atque ipsum quoque matrimonium consortium omnis vitæ, individuamque vitæ consuetudinem habere, §. 1. *Inst. de patria potest. l.* 1. *ff. de ritu nupt.* Rationem si quæras, cur casuales vel vivo vel mortuo testatore extitisse sufficiat, potestativæ non nisi post mortem ejus implendæ sint; hæc esse videtur,

quod, quia casuales non pendent ab arbitrio honorati, testator tantum simpliciter consideravit effectum & implementum earum, seu impleri solummodo conditiones voluit, de implementi tempore, tanquam a nullius arbitrio sed a casu pendente, sollicitus non fuit, *d. l.* 10. *pr. ff. de condit. & demonstr.* potestativæ vero, a potestate honorati pendentes, per eum impleri debent secundum voluntatem defuncti, quæ cum demum per & post mortem ejus firma esse incipiat, etiam non debebat potestativa conditio tanquam pars voluntatis defuncti, ante mortem ejus ad effectum perduci; quin imo, cum nemo debeat esse sollicitus de hereditate viventis, etiam non debebat id agere, ut facto suo puram efficeret voluntatem testatoris adhuc superstitis, & pro arbitrio suum valentis testamentum mutare, Barry de *succession. lib.* 17. *tit.* 6. *n.* 6. Gomezius *variar. resolut. tom.* 1. *cap.* 12. *n.* 61.

27. Plane post mortem testatoris conditiones potestativas a legatariis quantocius implendas esse, & ob notabilem moram illos relictis cadere; heredem vero suo arbitrio eas quovis tempore, etiam post longas moras, implere posse, vulgo placuit, uti ex Mantica, Grasso, Molinæo, & aliis notat, sed simul improbat Barry *de succession. lib.* 7. *tit.* 6. *n.* 7. 8. & merito; cum nulla sufficiens diversitatis ratio inter heredes & legatarios, tali conditione gravatos, appareat: ac proinde, sicut heredi secundum omnium sententiam jus deliberandi totis triginta annis competit; & ob id totis quoque triginta annis conditionis potestativæ implendæ facultas est; nisi a creditoribus aut legatariis aut substitutis, (quorum interest, ut constet an heres esse velit nec ne) petatur, certum tempus ei a prætore præfiniri, intra quod pareat conditioni, atque ita adeat, *l. si quis instituatur* 23. §. *sed si bonorum* 1. *ff. de hered. instit. l. si servus* 4. *ff. de rebus auctorit. jud. possid. & vendi.. l.* 1. *ff. de curat. bonis dando l. quamdiu* 69. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* ita quoque legatario jus deliberandi competere, an legatum acceptare velit, nec ne, patet ex *l. si miles Titio* 31. *ff. de testam. milit. l. quædam sunt* 15. *ff. de rebus dubiis*, nec magis legatario, quam heredi, certum tempus ad deliberandum a jure præfinitum est, si nullus urgeat; cui consequens est, ut & diutius potestativæ conditionis implementum trahere possit; nisi illi, quorum interest eam impleri, desiderent, certum ei tempus arbitrio prætoris ad implendum dari. Optionis utique legatum usque ad tempora Justiniani conditionale fuisse, *si scilicet legatarius optasset*, manifestum est ex §. *optionis* 23. *Inst. de legatis*, neque implementum conditionis illius grave aut damnosum legatario esse, res ipsa loquitur; & tamen optandi facultas sine ulla temporis restrictione legatario competebat, nisi heres impetrasset, ut prætor decerneret, actionem legatorum nomine legatario haud competituram, si non intra certum tempus præfinitum elegisset, idque, ne alioquin venditio rerum hereditariarum ab herede facta interpellaretur, legatario postea quandocunque eligente, secundum facultatem a jure tributam, *l. Mancipiorum* 6. *ff. de optione vel elect. leg.* Facitque in uper pro hac sententia *l. Sticho libertas* 40. §. *Titius testamento* 7. *ff. de statu liberis.* Adde Hug. Grotium *manuduct. ad jurisprud. Holl. l.* 2. *cap.* 23. *n.* 10. 11. 12. Nec hisce contrarium est, quod Julianus scripsit, *hæc conditio, si in Capitolium ascenderit, sic recipienda est, cum primum potuerit Capitolium ascendere, l. hæc conditio* 29. *de condit. & demonstr.* Etenim, ut omittam, Cujacio *d. l.* 23. *ff. de hered. instit.* suspectam esse legis illius lectionem, dum contendit legendum esse *si in Capitolium non ascenderit*, per *l. libertas quæ* 17. §. 1. *ff. de manumissi testamento*, considerandum quoque legem illam non in specie de legatariis sub tali conditione honoratis conceptam esse, sed generalem continere definitionem, adeoque ad heredes æque, ac ad legatarios pertinere: atque insuper verba legis ita posse accipi, ut denotent, eum, qui institutione vel legato honoratus est sub conditione, *si in Capitolium ascenderit*, non protinus ad relicta perventurum, si forte impediatur in Capitolium ascendere facto tertii, cujus intererat conditionem non impleri (quo fit ut illa secundum ante dicta pro impleta habeatur), sed demum, ubi affluxerit tantum temporis spatium, quo ille, qui in loco remotiore constitutus est, aut alio quo casu præpeditus protinus implere nequit, ascendere potuisset. Nam cum id ita in ipsa libertate sub tali conditione data, placuerit, juxta *l. si peculium* 20. §. *quædam* 5. *in fine, l. servus, si heredi* 34. §. 1. *ff. de statuliberis*, longe magis in aliis dispositionibus, non tanto favore munitis, admittendum est. Denique etiam ad *d. l.* 29. responderi potest, illic haud asseri, quod ex ipsa juris dispositione ac necessitate conditioni tali, cum primum fieri potuerit, parendum sit; ideoque commode verba Juliani accipi posse de tempore implementi per prætorem præfiniendo, tali scilicet, quo commode ex viri boni arbitratu conditio impleri potest: quod & ipsius textus verba suadent, dum dicitur, hanc conditionem *sic recipiendam esse*, id est talem debere accipere interpretationem, & quidem a prætore, cujus est tempora implementi ex bono & æquo definire, quoties illa neque a testatore neque a lege definita sunt. Idemque judicium esto eorum, quæ a Paulo in *l. si peculium* 20. §. *ult. ff. de statu liberis* scripta sunt; cum circa casum, quo testator disposuerat, *Stichus, si heres eum non manumiserit, liber esto*, ait *non tam continuum tempus exigendum esse, ut præcipitari cogatur heres, vel ex peregrinatione celerius reverti ad manumittendum, vel administrationem rerum necessariarum intermittere; nec rursus tam longum, ut, quamdiu vivat, protrahatur manumissio; sed modicum, quo primum possit sine magno incommodo suo heres manumittere:* nam nec hic illud dicitur ex juris necessitate esse, adeoque magis de arbitrio prætoris seu judicis, maxime urgente libertatis favore, hoc ipsum acceperis; idque convenienter iis, quæ de hac ipsa manumittendi conditione Pomponius jam ante tradiderat in *l. quis instituatur* 23. §. 1. *ff. de hered. inst.* Si tamen heres a testatore gravatus sit legato pœnæ causa, si non hoc aut illud fecerit, eum ad evitandam præstationis necessitatem quantocius id facere debere, supra monitum *n.* 6. *fere in med.* Sed &, si testator certum tempus præfiniverit, intra quod conditionis implementum fieri debeat, voluntati ejus parendum est, ita ut heredi quidem a morte testatoris tempora currant, arg. *l. si quis in* 3. §. *pen. ff. de Senatusc. Silan.* legatariis vero ab adita hereditate, *l. si in diem*

46. *ff. de condit. & demonstr.* nisi & initium temporis a testatore expressum sit, *d. l.* 46. Plane, si ex justa ignorantiæ causa conditio intra id tempus impleta non sit, heredi aut legatario ex capite justi erroris succurri debet, *d. l.* 3. *§. pen. ff. de Senatusc. Silan.* arg. *l. sive per status* 2 *ff. de in integr. restit.*

28. Quod si insertæ testamento conditiones, in futurum conceptæ, jam tum tempore facti testamenti impletæ fuerint, veluti, *si navis ex Asia venerit*, *si Titia nupserit*, *si Lucius pubes fiat*, & navis jam appulerit, aut Titia jam matrimonio juncta sit, vel Lucius pubes factus, si quidem testator id ignoraverit, debentur relicta, quasi pure data, *l. hæc conditio* 10. *§.* 1. *l.* 11. *ff. de condit. & demonstr. l. si ita sit scriptum* 45. *§. ult. ff. de legatis* 2. sin sciverit, de aliis nuptiis aliove navis adventu sensisse intelligitur, adeoque expectandus est adhuc conditionis eventus, *d. l.* 45. *§. ult. d. l. si ita legatum* 68. *ff. de condit. & demonstr.* nisi conditio talis sit, quæ per rerum naturam amplius quam semel existere non potest, qualis est, *si pubes major fiat*, tunc enim relicta omnino debentur, *d. l.* 11. tanquam data sub conditione natura impossibili, quam in ultimis voluntatibus pro non scripta haberi, supra dictum est, Sande *frisic. decis. lib.* 4. *t.* 6. *defin.* 5.

29. Potest autem vel una dispositioni conditio adscribi, vel plures; & hæ vel conjunctim, vel disjunctim: si conjunctim, omnes implendæ sunt; sin disjunctim, una tum in institutionibus tum in legatis existere vel impleri sufficit, *§. pen. Inst. de hered. inst.* arg. *l. si quis ita stipulatus* 129. *ff. de verb. obligat.* Ut tamen aliquando conjuncta pro disjunctis & disjuncta pro conjunctis accipiantur, *l. si is, qui* 15. *§.* 2. *& seqq. ff. de rebus dubiis*, *l. sæpe ita comparatum* 53. *ff. de verbor. signif. l. pen. C. de verb. signif.* si scilicet vel probabilis appareat voluntas testatoris, conjuncta pro disjunctis habere cupientis, vel conjuncta simul existere nequeat, vel aliquid absurdi sequeretur, si non conjuncta pro disjunctis, aut, vice versa, acciperentur. Quo fundamento cum Titio legatum esset sub conditione: si Sempronius sine liberis moreretur & ad virilem ætatem non perveniret; a Frisiæ Senatu decisum fuit, legatum deberi, si Sempronius sine liberis decessisset, licet jam ad virilem ætatem pervenisset, perinde, ac si ita testator scripsisset: si Sempronius sine liberis, aut nondum ad virilem perductus ætatem, mortuus sit; quia secundum naturam is, qui nondum pubes est, liberis relictis decedere non potuit; Sande *d. lib.* 4. *t.* 6. *defin.* 4. Similique modo de casu, quo testator caverat, bona ad alios devolvi, si institutus ante majorennitatem & nuptias decessisset, plura Virorum Consultissimorum responsa scripta extant, quibus definitum, vel majorennitatem vel nuptias sufficere ad id, ut devolutioni aut fideicommisso locus non sit. Sicut illa verba, *si liberi ante majorennitatem & nuptias decesserint*, (*voor haar* 25. *jaren engtbouwelykt*) non alium sensum habeant, quam quod testatores non aliter liberos voluerint fideicommisso gravatos, *quam si liberi in cœlibatu morerentur, antequam majorennes facti essent, & non post.* Si enim testatores durationem fideicommissi voluissent extensam in perpetuum ultra tempus pubertatis, donec a liberis nuptiæ contractæ fuissent; notandum probe est, eos tunc neque particula copulativa & uti debuisse, neque majorennitatis seu ætatis limitatæ viginti quinque annorum ullam cum aliquo effectu potuisse facere mentionem, sed simpliciter absque ulla certi temporis certæve ætatis definitione cavere debuisse, & velle, ut bona liberis relicta fideicommisso obnoxia essent, si liberi ante nuptias contractas fato fungerentur. Plane, si nulla specialis ratio obstet, quo minus conjuncta pro conjunctis, disjuncta pro disjunctis habeantur, a propria particulæ conjungentis aut disjungentis significatione recedendum non est, arg. *d. ll.* Leeuwen *cent. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 3. *num.* 22. 23. DD. *ad d. l.* 53. *ff. de verb. signif. ad d. l.* 4. *C. eod. t.* Quod si plures conditiones diversis testamenti partibus adscriptæ sint, si quidem heredis institutioni, quæcunque prius extiterit, efficiet, ut teneat defuncti voluntas, quam exitum sortiri, favorabile, & publice utile est, *l. si plures* 17. *ff. h. t.* junct. *l. vel negare* 5. *ff. testam. quempiam aper. inspic. & describ.* sin legato, novissima spectatur & impleri debet; ac in libertatibus ita datis ea, quæ levissima & ipsi servo commodior apparet, *l. quod traditum* 87. *l.* 88. *ff. de condit. & demonstr.* nisi per fideicommissum libertas varie data sit; tunc enim non levissimam sed novissimam spectandam esse Gaius auctor est, *l. per fideicommissum* 90. *ff. de condit. & demonstr.*

30. In ambiguo autem conditionum appositarum sermone eam fieri oportet interpretationem, ut primum locum obtineat probabilis testatoris voluntas, etiam neglecta propria verborum significatione, *l. in conditionibus* 19. *ff. de cond. & demonstr. l. supellectili* 3. *§. ult. ff. de supellect. leg.* arg. *l. cum de lanionis* 18. *§. item caccabos* 3. *in fine ff. de instructo vel instrum. legato*, *l. pediculis* 32. *§. argento* 2. *l. inter vestem* 33. *ff. de auro & argento legato.* Unde, si maritus uxori leget, *si illa quandocunque liberos habuerit*; non censetur extitisse conditio, cum ex alio quam marito legante prolem susceperit, nisi aliud expressum sit; eo quod alteri nupta, mariti prioris animam contristare dicitur, seque magna ex parte reddit indignam iis, quæ a marito priore relicta sunt, *l. cum vir uxori* 25. *l. si vir uxori* 61. *l.* 62. *ff. de condit. & demonstr.* junct. *novell.* 22. *cap. quæ vero nunc* 43. *in fine*, atque ita ad posthumum ex eodem marito conceptum restringenda facti species, proposita in *l. pen. ff. de usuris*, ex *d. l.* 61. Peckius *de testamentis conjugum lib.* 1. *cap.* 24. *n.* 12. Sed &, si quæ instituta fuerit sub conditione, *si Titio nupserit*, non censetur implevisse eam, quando prius Cajo nubit, eoque mortuo Titium accipit in maritum secundum: cum testator non secundum, sed primum nubendi actum intellexisse credatur, & hoc ipso, quo voluit eam Titio sociari, tacite prohibuisse, ne alteri nubat, si relicta capere velit, arg. *l. matrimonii* 12. *ff. qui & a quib. manumissi liberi non fiunt*, *l. boves* 89. *§. hoc sermone* 1. *ff. de verbor. signif.* junct. *leg. cum ita* 63. *§. videamus* 1. *ff. de cond. et demonstr.*

31. Plura de conditionibus petenda ex Philiberto Brusselio *de conditionibus*, Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 10. 11. Barry *de successión. lib.* 17. Donello *comment. juris civilis lib.* 8. *cap.* 30. 31. 32. 33. 34. Gomesio *variar. resolut. tom.* 1. *cap.* 12. *n.*

59. *et seqq.* Peregrino *de fideicommissis art.* 16. *n.* 115. *et seqq.*

52. Conditioni similis est dies incertus, *l. dies incertus* 75. *ff. de condit. et demonstr.* nisi tantum solutionis, non obligationis, morandæ gratia adjectus sit, *l. Firmio Heliodono* 26. §. 1. 2. *ff. quando dies legat. cedat.* Sande *decis. frisic. lib.* 4. *t.* 4. *defin.* 7. *qu.* 3. Ant. Faber *C. lib.* 6. *t.* 25. *defin.* 9. Gomezius *variar. resolut. tom.* 1. *cap.* 5. *n.* 26. Carpzovius *defin. for. par.* 3. *const.* 13. *defin.* 36. Nec interest, utrum incertum sit, an dies unquam extiturus sit, an vero tantum dubium, quando sit extiturus, utcunque certum sit, illum aliquando extiturum esse; si modo id incertum sit, an vivo, an vero mortuo honorato exitum sit habiturus, nam si incertum quidem sit, quando extiturus sit, certum tamen, vivo honorato eum eventurum, puram magis, quam conditionalem efficit testatoris dispositionem. Unde, si testator caverit, *heres meus cum ipse morietur, centum Titio dato*, legatum sub conditione relictum dicitur: quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est, an legatario vivo dies legati non cedat, & non est certum, ad eum legatum perventurum, *l. heres meus, cum* 79. §. *heres* 1. *ff. de cond. et demonstr. l. si cum heres* 4. *ff. quando dies legati cedat.* Sande *d. loco.* Resp. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 69. Contra vero si scriptum sit, *heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato*, purum legatum est, quia non conditione sed mora suspenditur; non potest enim conditio non existere vivente legatario, ac certum est, legatum ad heredes transmitti, *d. l.* 79. *pr. ff. de cond. et demonstr. d. l.* 4. §. 1. *ff. quando dies legat. cedat*; eo quod dies *cum moriar, cum morieris*, ad vitæ tempus pertinet, *l. libertas* 17. *l. quis duos* 18. §. 1. *ff. de manumissis testamento.* Cujacius *lib.* 18. *observ.* 1. Dies certus, licet legatis & libertatibus recte apponatur, non tamen heredis institutioni; & si adjectus fuerit, pro non scripto habetur, heresque pure institutus intelligitur, sive ex certo die, sive ad certum diem scriptus sit, §. *heres* 9. *inst. de hered. inst. l. hereditas ex die* 34. *ff. de hered. inst.* adeo ut, si duo instituti sint, alter usque ad Calendas Martias, alter ex Calendis Martiis, uterque simul pure in partes æquales hereditatis ab initio admittendus sit, detracta temporis mentione, arg. *l. quoties* 9. §. *si duo* 13. *l. ex facto* 35. *ff. de hered. inst.* Sed uti militibus hoc jure Romano datum fuit, ut ex certo tempore vel ad certum tempus heredem instituere possent, *l. miles ita* 41. *ff. de testam. milit.* ita quoque moribus hodiernis id promiscue omnibus licet, sic ut lapso tempore institutus vel accipiat vel restituat hereditatem. arg. *d. l.* 41. Hugo Grotius *manud. ad jur. Holl. lib.* 2. *cap.* 10. *n.* 34. *et seqq.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 14. Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 9. *Inst. de hered. inst.* deducturus etiam quartam Trebellianicam, cum restituit, perinde ac si fideicommisso universali post tempus gravatus esset; & vicissim inventarium & cautionem præstiturus in gratiam eorum, ad quos lapso tempore hereditas vel ex voluntate testatoris vel ex legis dispositione perventura est. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 141. Sic autem conditio in substitutione sæpe tacite censetur repetita, atque subauditur, ita quoque dies in substitutis repetitus videtur ex probabili mente testatoris, quasi is noluerit, ut plus jus haberet substitutus, aut maturius perciperet, quam is, cui substitutio facta, quique per testatorem substituto prælatus fuit; cujus exemplum est in *l. Publius Mævius* 36. §. *Titia* 1. *ff. de condit. et demonstr.*

TITULUS VIII.

De jure deliberandi.

SUMMARIA.

1. *Quid sit jus deliberandi? quamdiu duret nemine aditionem urgente? Quo modo & olim potuerit & jure novo possit testator dies cretionis testamento præfigere, intra quos heres adeat, seu cernat hereditatem?*
2. *Quantum temporis spatium aliis urgentibus concedatur heredi ad deliberandum a prætore vel Principe jure medio ac novissimo Justinianeo? quantum moribus hodiernis?*
3. *An deliberante instituto, tempora deliberandi currant substituto vel heredi ab intestato? Si deliberans intra tempus sibi præstitutum non declaraverit mentem suam, an adivisse præsumatur ex silentio, an vero repudiasse, per distinctiones explicatur: uti & in quorum gratiam jus deliberandi inductum sit?*
4. *Quid juris circa jus deliberandi, si fiduciarius hereditatem restituere rogatus, eam suspectam dicat, & aditionem urgeat fideicommissarius?*
5. *Quibus heredibus præfiniatur tempus deliberandi? An & heredibus sub potestativa conditione scriptis, pendente conditione? An & suis heredibus? Et quid, si se jam abstinuerint? An & heredibus necessariis? An & prætoriis heredibus? An & fideicommissariis? An & quando legatariis?*
6. *Heres deliberans petere potest, sibi copiam fieri rationum, tabularum, litterarum defuncti, ab iis, qui illas tenent, etiam coheredibus, qui jam adiverunt, ac a creditoribus hereditariis in possessionem missis: hodie etiam, a conjuge superstite sibi edi inventarium bonorum defuncti.*
7. *Dum deliberat, pati debet, creditores mitti in bona defuncti, nec res hereditarias alienare potest, nisi venia a prætore impetrata ex justis causis; & quæ justæ causæ sint?*
8. *Denegatur jus deliberandi, si probetur, heredem jam adivisse.*
9. *Quæ fuerit ratio inducendi beneficium inventarii? Ante tempora Justiniani inventarium in aliis multis casibus locum habuit ad alios effectus; uti & hodie, si Belgæ in Indiam navigantes, aut in peregrinis locis degentes moriantur.*
10. *Quæ sint observanda in inventario, ratione temporis, tabellionis adhibendi, testium, citandorum eorum quorum interest, descriptionis ipsarum rerum, & fructuum, etiam post mortem testatoris perceptorum, subscriptionis per heredem faciendæ? An continuata serie, vel una charta fieri debeat?*
11. *Quo modo, qua forma, quibus citatis hodie repertorii beneficium specialiter a Principe impetrandum & a judice confirmandum sit, & quæ inor-*

observari debeant? Quid, si creditores aliique citati se non sistant? Cujus loci solemnia in inventario impetrando & conficiendo adhibenda sint?

12. *Quamdiu moribus nostris duret potestas petendi a Principe beneficium inventarii? ubi petendum hoc beneficium, si mortui sint delegati ad comitia Ordinum Generalium, Consilii Status, Collegia maritima &c.?*

13. *Quales heredes petere nunc possint hoc beneficium inventarii? An & illi qui prius petierant tempus deliberandi?*

14. *An conficiens inventarium jure civili, hoc ipso jam heres factus fuerit? An hodie inventarii beneficium petere possit, qui jam pro herede se gessit? An, qui explicavit hereditatem? An, si alii consanguinei remotiores defuncti hereditatem sine inventario adire velint? Et an tunc is, qui jam impetraverat inventarii beneficium, ei renunciare & simpliciter adire possit? An & tunc, cum nullus alius simplicem offert aditionem? An & maritus simplicem aditionem offerre possit, cum heredes uxoris cum inventario adire volunt? An hæc aditio sine inventario per agnatos offerri possit, cum beneficium inventarii jam confirmatum seu interinatum est?*

15. *An testator in præjudicium creditorum possit heredi remittere confectionem inventarii? An jurata assertio testatoris de sui patrimonii quantitate in testamento facta pro inventario sit? An testator possit probibere, ne heres adeat cum inventario, & quis illius probibitionis effectus sit?*

16. *Quid juris, si res quædam in inventario bona fide vel dolo prætermissa sint?*

17. *An durante inventarii confectione heres a creditoribus hereditariis conveniri possit? An actione judicati ab illis, quibus defunctus jam condemnatus fuerat? An a dominis rerum a defuncto detentarum? An ex causa spolii a defuncto commissi? An interim conveniri possint fidejussores defuncti? An heres interim recte conveniat debitores hereditarios?*

18. *Absoluto legitimo inventario, heres non tenetur creditoribus hereditariis ultra vires hereditatis. An venditioni opponere se possit, si cum bonis defuncti etiam propriæ ipsius res proscriptæ sint? An possit venire contra rerum suarum venditionem a defuncto factam, aut contra transactionem, quam defunctus fecit cum fiduciario super fideicommisso, quod post mortem defuncti ad hunc cum inventario heredem devolvi debet?*

19. *Si heres cum inventario vendiderit bona hereditaria, emtor a nullo creditore hypothecario defuncti conveniri potest.*

20. *Talis heres solvere potest creditoribus primo venientibus, licet debilius jus habeant, uti & legatariis, quos convenire dein debent creditores potiora jura habentes. An debiti liquidi solutio suspendi debeat ob debita alia illiquida? An ob id, quod quidam creditores se opponunt confirmationi inventari, & longior oppositionis mora est?*

21. *Potest & aliquando res hereditarias creditoribus in solutum dare. Non tamen moribus hodiernis.*

22. *Deducit quoque Falcidiam ex legatis, licet militis sit hereditas cum inventario adita. An heredi pereant res hereditariæ, an magis creditoribus & legatariis?*

23. *Deducit etiam ante omne creditum impensas in funus, in Inventarium, in testamenti insinuationem, & alias necessarias. Quales & quantas funeris impensas? An & impensas litis pro rerum hereditariarum persecutione aut defensione? An & sumtus factos ob id, quod quidam se inventarii confirmationi opposuerant?*

24. *Non fit debiti & crediti confusio, si quid defunctus heredi, vel heres defuncto debuerit. An filia tunc dotem sibi a patre promissam petere possit? An & pœnæ conventionales aut legitimæ tunc heredi salvæ sint?*

25. *An heres cum inventario post distributam omnem pecuniam & redditas rationes adhuc teneatur suscipere* arramenta *litis contra defunctum cœpta?*

26. *An inventarium a fiduciario confectum prosit fideicommissario?*

27. *Heres adiens, sine inventario omne æs alienum & legata in solidum solvere tenetur, nec* Falcidiam *deducit, nec legitimam salvam habet. An & amittat* Trebellianicam?

28. *Si leviora quædam circa inventarium heres neglexerit, an beneficium perdat? An milites sine inventario adeuntes in solidum obligentur? An fiscus capiens bona damnatorum, aut vacantia? An illi, qui succedunt in bona damnatorum, dum fiscus jus suum remisit? Et quid, si fiscus a privato heres scriptus adeat sine inventario? An hodie Diaconi aliique curatores pauperum adeuntes hereditatem pauperibus delatam, vel ipsorum pauperum, sine impetrato inventarii beneficio teneantur ultra vires hereditatis?*

29. *Qui plura scripserint de inventario?*

1. Hereditas, sive ex testamento sive ab intestato delata, triplici potest acquiri via, puta vel aditione aut immixtione incunctanter facta, dum heres eam certo certius lucrosam credit; vel secundo præmissâ deliberatione; vel denique inventario confecto. Prima periculosissima est, dum præcipitati consilii spretæque deliberationis comes plerumque est pœnitentia: altera tutior quidem, sed non per omnia secura satis: tertia tutissima, sed vix aliter quam in suspectis hereditatibus frequentata. Est autem jus deliberandi facultas heredi a jure concessa, ut consultare atque perquirere possit, utrum ei expediat hereditatem adire, nec ne, Ulpianus in *fragm. tit.* 22. §. *cretio* 27. Quale deliberandi ac hereditatis explorandæ jus non ex edicto prætoris introductum est, sed cum hereditate delata ipso jure competit; & uti facultas adeundi totis triginta durat annis, ita quoque deliberandi jus, ipsi cohærens hereditatis delationi, arg. *l.* 1. *C. de suis & legit. hered. l. si curatoris* 9. *C. h. t.* junct. *l. sicut* 3. *C. de præsc.* 30. *vel* 40. *ann.* nisi vel a curatore vel a prætore aut Principe certum tempus deliberationi præfinitum fuerit, & ita spatii brevioris finibus coarctatum adeundi jus. Quo & puto respicere Ulpianum in *l. quamdiu* 69. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* cum de pluribus institutionis gradibus agens, ait, *quamdiu institutus admitti potest, substituto locus non est, nec ante succedere potest, quam excluso herede instituto. Eveniet igitur, ut necessariam*

sit remedium prætoris, et circa denegandas primo actiones, et circa præstituendum tempus substituto: & mox ergo expectamus in singulis, ut prius ipsis deferatur hereditas, tum deinceps post quam delata est, expectamus diem præstitutum, intra quem nisi aut adeat aut pro herede gerat, denegamus ei hereditarias actiones: si enim adeundi & deliberandi facultas ipso jure non perpetuo competiisset, sed ab ipsa lege fuisset certo tempori alligata, frustra diceretur, remedium prætoris necessarium fuisse ad denegandas instituto actiones, & tempus ipsi quoque substituto præstituendum. Atque ita quoque hodie jus deliberandi, nemine urgente, totis viginti annis durare, auctor est Ant. Faber *C. lib.* 6. *tit.* 11. *defin.* 46. Sande *decis. frisic. lib.* 4. *tit.* 6. *defin.* 1. Parens p. m. Paulus Voet *ad* §. 5. *inst. de hered. qualit. et diff. n.* 3. Ac olim quidem frequens erat, certos præscribi in testamento dies *cretionis*; intra quos heres cernere, decernere, ac constituere debebat, utrum heres esse vellet, nec ne: quale jus cretionis antiquum, uti & formam, species ac effectus ejus latius exponit Ulpianus *in fragm. d. tit.* 22. §. 27. *et multis seqq.* Cujacius *in paratitl. C. h. t. de jure deliber.* Et quamvis postea scrupulosam cretionum solemnitatem Imperatores penitus decreverint amputandam esse, *l. cretionum* 17. *C. h. t.* non tamen ideo testatoribus interdictum fuit, certum testamento tempus exprimere, intra quod institutus adeat, quoque præterlapso sine aditione, hereditas ad substitutos aut ab intestato succedentes devolvatur, convenienter iis quæ ab Ulpiano *fragm. in d. tit.* 22. §. 27. & *seqq.* tradita sunt, quippe quorum nihil, præter scrupulosam solemnitatem, abrogatum est, manente de cætero illibata testatori facultate dierum præfiniendorum, intra quos heres cernat, seu declaret adeundi voluntatem, *l. si quis heres ff. de acquir. hered.* Sande *decis. frisic. lib.* 4. *tit.* 6. *defin.* 1. *in med.*

2. Quod si de aditionis tempore nihil a testatore cautum sit, & voluntatis declarationem urgeant illi, quorum interest, puta substituti, & legatarii, ac præcipue creditores, olim quidem heredi id tunc petenti præstituebatur a prætore tempus deliberandi modicum arbitrarium, non minus tamen quam centum dierum; neque novum fuit, ex magna iterum ad deliberandum tempus dari, ubi prætori persuasum erat dies, quos primitus præstituerat, haud suffecisse, *l.* 1. §. 1. 2. *l.* 2. *l.* 3. *l.* 4. *ff. h. t. l. si curatoris* 9. *C. h. t.* Sed postea omnibus etiam non petentibus datum a lege anni spatium, intra quod non modo heres unusquisque deliberare & adire potest; sed & jus deliberandi ratione temporis, quod sibi ex eo anno reliquum est, ad quoscunque trasmittit heredes, quoties hereditatem sibi antequam moreretur, delatam scivit, *l. cum in antiquioribus* 19. *Cod. h. t.* de qua transmissione ex professo ad *tit. de acquir. vel omitt. hered.* Tandem novissimo Justiniani jure si quis jus deliberandi eligere velit, a prætore tantum novem menses, a Principe annum impetrare potest, adeo ut, si longius tempus ab imperiali largitate indultum fuerit, id pro nihilo habeatur, neque sæpius sed semel tantum tale tempus peti debeat, *leg. ult.* §. & *hac quidem* 13. *in fine C. h. t.* In Hollandia jus deliberandi ad annum competere, monet Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 21. *num.* 8. apud alios arbitrarium tempus a judice concedi vel longius vel brevius pro circumstantiarum varietate, audito prius herede, testatur. Ant. Faber *C. lib.* 6. *t.* 11. *defin.* 46. Wassenaar *pract. judic. cap.* 15. *n.* 6. Parens p. m. Paulus Voet *ad* §. 5. *Inst. de hered. qual. & differ. n.* 3. sic ut & ex justis causis a judice coarctari possit tempus illud, quod alias vulgo ex juris civilis præscripto largiendum erat, ut docet Menochius *de arbitrar. jud. lib.* 2. *cent.* 1. *casu* 1. *n.* 8. *et seqq.*

3. Si plures facti sint institutionum seu substitutionum gradus, instituto deliberantes tempus ei ad deliberandum præstitutum non currit substituto, uti nec heredi ab intestato, si nullus substitutus sit; per singulos enim observaturum se prætor ait id, quod de præfiniendo tempore deliberationis edicit, videlicet, ut a primo quoque ad sequentem translata hereditate deliberandi tempus præscribatur, donec inveniatur qui eam adire velit, *l. si plures* 10. *ff. h. t. l. quamdiu* 69. *de acquir. vel omitt. hered.* Ipse vero deliberans, si tempore præterlapso mentem non declaraverit, sed tacuerit, repudiasse censebitur, quoties substitutis vel etiam heredibus legitimis urgentibus deliberaverit, ac substituto vel legitimo heredi locus fiet, *d. l.* 69. *ff. de acquir. vel omit. hered.* sin urgentibus creditoribus aut legatariis, magis ex silentio præsumetur adivisse, *l. ult.* §. *sin autem* 14. *in med. C. h. t.* quia silentium adversus eum, qui mentem explicare debuerat interpretamur, ut probatum in *tit. de interrogat. in jure faciend. n.* 9. prodest vero substitutis deliberationem urgentibus, ut repudiatio sequatur, quo ipsi de hereditatis ex repudiatione delatæ aditione penes se constituant; uti legatariis, ac præcipue creditoribus aditio prodest, ut habeant, a quo legatum creditumve petant. Sciendum enim tempora deliberandi a prætore non tantum in gratiam substitutorum fuisse præstituta, juxta *d. l.* 69. sed & in creditorum utilitatem, ne bona hereditaria sine domino diutius jacerent, & creditoribus longior mora fieret, sed scirent maturius, utrum habeant cum quo congrediantur, quippe iis respondeat, an vero bona vacanti fisco sint delata, an potius ad possessionem bonorum procedere debeant, quasi sine successore defuncto, *l.* 1. *pr. ff. de successorio edicto, l. si plures* 10. *ff. h. t.*

4. Quod si heres hereditatem alteri restituere rogatus sit, eamque suspectam dicat, fiedicommissarius vero aditionem urgeat & restitutionem, fiduciarius quantocius a prætore ad adeundum compellendus est, nec aditio talis ex aliquo deliberandi tempore suspendi debet: aditione vero jam facta, non statim restituere compellitur, sed completo tempore, quod deliberationi præstitutum est, si expedire sibi compererit hereditatem, commodum sentiet testamenti, eo jure, quo, si sponte adivisset; sin contra onerosam crediderit, restituta ea exonerabitur actionibus hereditariis, *l. si legatus* 30. *l. omnes, qui* 71. *ff. ad Senatusc. Trebell.* Nec hisce contrarius est Ulpianus, dum proponit, fiduciarium tempus ad deliberationem petiisse & impetrasse, deinde post tempus deliberationis adivisse hereditatem & restituisse, *l. sed et si alio* 9. §. *plane* 1. *ff. de Senatusc. Trebell.* Agit enim de tali casu, quo fideicommissarius non ursit

aditionem, nec fiduciarium a prætore ad adeundam compelli desideravit.

5. Petunt hæc deliberandi tempora heredes; plerumque quidem illi tantum, quibus hereditas delata jam est, arg. *l. quamdiu* 69. *in fine ff. de acquir. vel omitt. hered. d. l. si plures* 10. *ff. h. t.* quandoque tamen & hi quibus ea necdum delata; quoties scilicet sub potestativa instituti conditione, cui facile parere possunt, (veluti, *si servum quem in potestate habent manumittant*) trahunt implementum ejus, *l. si quis instituatur* 23. §. *sed si bonorum* 1. *ff. de hered. instit.* arg. *l. si cui pure* 31. §. *ult. l. facta* 63. §. *si sub conditione* 7. *& seqq. ff. ad Senatusc. Trebell.* Adde *tit. de condit. institution. n.* 27. Nec interest, extranei heredes, an *sui* sint, postquam ipsis abstinendi beneficium a prætore datum fuit; adeo ut &, posteaquam sese abstinuerint, ex causa tempus ad deliberandum impetrare possint, cum nondum bona venierunt, *l. si quis suus* 8. *ff. h. t.* junct. §. *extraneis* 5. *institut. de hered. qualit. et differ.* Diversum est in servis heredibus necessariis a domino institutis; quippe quibus nullum abstinendi beneficium prætor indulsit: quod enim jus tale liberis concesserit, id inde est, quia famæ liberorum consulere ac parcere voluit, quæ nulla est in servis, jure civili pro nullis habitis ac mortuo similibus, arg. *l. quod attinet* 32. *l. servitutem* 209. *ff. de reg. juris*, junct. §. 1. *Instit. quibus ex causis manumit. non licet*, *l. necessarii* 57. §. *ult. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Non etiam refert, utrum civiles sint heredes an prætorii, cum prætoriis æque ac civilibus ex agnita bonorum possessione incumbat onus æris alieni, indeque damni periculum immineat, *l. æquissimum* 2. §. *pro qua* 2. *ff. de bonor. poss. secund. tab. l.* 1. *pr. ff. de successor. edicto.* Cumque ex Senatusconsulto Trebelliano hereditate restituta, onera quoque pro rata ad fideicommissarium transferantur, ipsi quoque tempora deliberandi præstitui æquum fuit, ut secum constituat, utrum restitutionem admittere velit, nec ne, §. *si quis una* 9. *Instit. de fideicomm. hered.* Et quamvis ea legati conditio sit, ut acquisitum legatario nunquam damno esse possit, quia scilicet ei ex sua natura nullum onus connexum est, dum ex adverso hereditas interdum damnosa evadit, auctore Juliano in *l. si hereditatem* 32. *ff. mandati*, quia tamen ex voluntate testatoris etiam legato conditio aut modus aliquid dandi vel faciendi imponi potest, & quidem tam gravis, ut merito quis hæsitet, an non magis expediat carere relictis, quam conditionis aut modi adscripti implementum facere, arg. *l. generaliter* 24. §. *si quis alienum* 12. *ff. de fideicommiss. libert. l. sed si non* 38. *pr. ff. ad l. Falcid. l. plane si filium* 84. §. *si cui* 2. *ff. de legatis* 1. hinc & legatariis deliberatio in legibus tributa fuit, *l. si miles Titio* 31. *ff. de testam. milit. l. quædam sunt* 14. *ff. de reb. dubiis.*

6. Effectus deliberationis alii commodi sunt heredi, alii incommodi. Ad effectus heredi utiles pertinet, quod deliberans adito prætore impetrare possit, sibi facultatem fieri inspiciendi rationes, tabulas, literas defuncti ab eo, apud quem illæ depositæ sunt, uti & a coherede, qui una institutus hereditatem jam adiit, *l. Aristo* 28. *l.* 29. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* quin & ab ipsis creditoribus hereditariis. Quo pertinere puto verba Ulpiani in *l. Aristo* 5. *ff. h. t.* quibus contendit, non solum creditoribus subveniendum esse, ut scilicet præstituto certo tempore jus deliberandi circumscribatur, ne longior mora iis fiat, secundum ante dicta; sed & vicissim heredibus, hisque copiam instrumentorum inspiciendorum faciendam, nempe ab ipsis creditoribus: quippe qui, herede deliberante, interim in possessionem mittuntur, ac curatorem constituunt custodiæ causa, donec appareat, an is, qui deliberat, agnoscat hereditatem, an non, *l. unus ex* 9. §. 1. *ff. quib. ex caus. in possess. eatur*, *l. idem privilegium* 22. §. 1. *ff. de reb. auct. jud. possid. l. dum deliberant* 3. *ff. de curat. furioso et aliis extra min. dand.* Papon. *lib.* 21. *tit.* 6. *arrest.* 1. atque ita procul dubio ipsas quoque rationes, tabulas, literasque defuncti tenente, ex quibus deliberans de viribus hereditatis instrui potest. Denique etiam nostris moribus obtinet, ut, defuncto marito vel uxore, conjux superstes compellatur heredibus defuncti exhibere repertorium bonorum defuncti, ut ita deliberent, num sibi expediat hereditas, nec ne; præcipue, si bonorum aut acquæstuum communio ex statuto vel pacto antenuptiali inter conjuges inducta fuerit. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 138. *in fine.* Adde D. Joh. a Someren *de jure noverc. cap.* 7. *n.* 1. 2.

7. Ad effectus heredi incommodos referri debet, quod, ut jam dictum, durante deliberatione hanc pati tenetur missionem in hereditaria defuncti bona; quodque interim diminuere nequit defuncti bona, atque adeo nec alienare, nec actiones hereditarias exercere, nisi adito prætore alienandi licentiam justis ex causis impetraverit, puta, si res sint in hereditate, quæ tractu temporis deteriores fierent, aut asservatu nimis sumtuosæ sint, vel æs alienum urgeat, quod sub pœna vel pretiosis sub pignoribus debetur; adhæc funeris causas, aut vescendi gratia, aut agendorum eorum causa, quæ sine piaculo præteriri nequeunt, vel ut ædificia sarciantur, neve agri inculti sint, & ob alias similes justas rationes, ita ut primo quidem loco impendia fiant ex distracto oleo, vino, frumento, aut ex numerata pecunia, si quæ talia in hereditate sint; sin minus, a debitoribus hereditariis, pecunia exigatur; &, si nulli sint debitores, superfluæ res veneant, *l. Aristo* 5. §. 1. *l.* 6. *l.* 7. *pr. et* §§. *seqq. l.* 9. *ff. h. t.* arg. *l. pro herede* 20. §. *et ideo* 1. *ff. de acquir. vel omitt. hered. l. si sciens* 26. *ff. de contrah. emt. l. si filiusfamilias* 60. *ff. soluto matrimon.*

8. Denegatur tamen ulterior deliberandi facultas, si probari possit, heredem jam adivisse, aut pro herede se gessisse; cum non possit desinere heres esse, qui semel heres factus est, Papon. *lib.* 21. *tit.* 9. *arrest.* 1.

9. Quia vero post sedulam deliberationem, & exactam prudentissimorum inquisitionem, securamque exinde aditionem, emergebat sæpe æs alienum, ad quod in universum exsolvendum sese adeundo heres obstringebat, utcunque non eo usque ascenderent vires hereditatis; hinc jure novo introductum a Justiniano beneficium inventarii, seu descriptionis solemnis omnium bonorum defuncti, *l. ult. C. h. t.* §. *extraneis* 5. & 6. *Instit. de hered. qualit. & differ.*

Licet enim dubium haud sit, quin & dudum ante Justiniani tempora repertorii confectio pluribus in negotiis recepta fuerit, veluti in tutoribus & curatoribus circa substantiam pupilli vel adulti aliorumque similium in cura positorum, de quo actum *tit. de admin. & peric. tut. n.* 3. 4. 5. in creditoribus in possessionem missis, & curatore bonis dato, *l. cum plures* 15. *ff. de reb. auctor. jud. possid. & vend.* in fisci procuratore circa bona publicata, *l. si quis intra* 7. *C. de bonis proscript.* non tamen nota fuit ad illos juris effectus producendos, quos ex Justiniani lege in adeunda suspecta sortitur hereditate. Atque ita quoque moribus hodiernis inventarium sæpe fieri jubetur, non ad id, ut creditores impedirentur supra vires hereditatis debita persequi, sed ut heredibus res defunctorum salvæ sint; veluti, cum in itinere ad Indiam Orientalem aut reditu quis navigans moritur, aut in peregrinis degens regionibus, ubi nationis Belgicæ consules admissi sunt. Vid. *Artikel brief. van de Ooost: Indische compagnie ann.* 1658. *art.* 71. *& seqq. vol.* 2. *placit: Holl. pag.* 1297. & *decretum Ordinum Generalium* 8. *Decembr.* 1612. *d. vol.* 2. *pag.* 1331.

10. Ut repertorium hoc, quod Justinianum auctorem habet, recte atque ordine ab herede fiat, plura requisita sunt, puta, ut inchoetur intra triginta, & absolvatur intra sexaginta dies proximos, vel saltem inchoetur & absolvatur in universum intra dies nonaginta, ex quo quis scivit se heredem esse: nisi patrimonium defuncti admodum dispersum sit, quo casu usque ad annum inventarii absolvendi tempus extendi potest, *l. ult.* §. 2. 3. & *donec tamen* 11. *C. de jure deliberandi*, adhibeatur & tabellio, ac vocentur omnes illi, quorum interest, tum creditores, tum legatarii, aut iis ex parte qui copiam haud facientibus, interveniant testes fide digni tres; atque ita plenissima & accurata fiat omnium descriptio, etiam fructuum post mortem testatoris usque ad inventarii confectionem perceptorum, quia augent ipso jure hereditatem, arg. *l. non est ambiguum* 9. *C. familiæ ercisc.* Corasius *de inventario n.* 23. Sebast. Monticulus *de inventario cap.* 6. *n.* 10. 11. illis expressis rei cujusque quantitatibus, qualitatibus, aliisque circumstantiis, ut fraus & submutatio omnis evitari possit, arg. *l. si qui intra* 6. *C. de bonis proscriptorum.* Adde *t. de admin. & peric. tut. n.* 3. eoque peracto subscribat heres, & ita profiteatur, eam patrimonii mensuram repertam esse; vel si scribere nequeat, alius separatus adhibeatur tabellio, qui pro eo subnotante ac rogante faciat subscriptionem, *d. l. ult.* §. 2. & 10. *C. de jure deliber. novella* 1. *cap. hinc nobis* 2. §. 1. Non tamen uspiam requiritur, ut continuata conficiatur series sine ulla intermissione, nec ut una fiat charta vel tabula, præcipue si variis in locis dispersæ sint defuncti res: quo etiam casu necesse haud est, ut heres ipse loca longe dissita adeat descriptionis faciendæ gratia, sed & per instructos procuratores in loca ubi res positæ sunt, mittendos eam fieri permissum fuit, *d. l. ult.* §. 3. *in fine C. h. t.*

11. Mores hodiernos quod spectat, totius fere Germaniæ consuetudine necessitatem inventarii conficiendi heredibus quibuscunque incumbere, non tam propter creditores & legatarios, quam potius propter utilitatem publicam census publici, testatur post Giphanium Rittershusius *ad novellas par.* 6. *cap.* 8. *n.* 20. Sed apud nos & vicinos populos id magis arbitrii est, & convenienter juri Romano tantum hereditatum suspectarum intuitu repertorium fieri consuevit, nec promiscue beneficium hoc omnibus ex ipsa lege patet, sed ad id rescriptum impetrandum est, sic ut simpliciter inventarium conficiens non liberetur a necessitate æris alieni in solidum solvendi. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 27. Petitur autem, oblato libello supplice, a Principe, vel iis, quibus hanc potestatis suæ partem demandavit, qualis in Hollandia suprema Curia, *instruct. Curiæ supr. art.* 23. eoque impetrato, necesse est, intra dies quadraginta per apparitorem aliamve personam publicam, præsentibus duobus testibus, omnia redigi in inventarium jurejurando heredis firmandum, & clausula salutari de addendo vel minuendo, quod omissum aut perperam relatum fuerit, muniendum; insuper per peritos ac juratos rerum æstimatores mobilia æstimari, addita rerum singularum descriptionis æstimatione, ejusque æstimationis nomine per heredem caveri, si possessionem eorum sibi servare heres velit. Sed & impetratum inventarii beneficium confirmandum est, seu interinandum, vel a curia principali, vel a judice domus mortuariæ, si illa in urbe sit; quem in finem citandi creditores aliique, quorum interest, noti nominatim; reliqui edicto, ut inventarium examinent, & si juxta videantur habere contradicendi causas, sese confirmationi beneficii opponant; qualis contradictio si moras ac lites longiores post se trahat, interim curator bonis datur. Quod si citati prima vice non sistant se, ut confirmationi sese opponant, hoc ipso in eam consensisse intelliguntur, sibique præjudicant, licet alii sui copiam facientes contradicendum putent. Confer *edictum Caroli V.* 19. *Maii* 1544. *art.* 39. 40. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 328. instruct. curiæ supr. *art.* 244. 243. Neostadium *curiæ supr. decis.* 7. Hug. Grotium *manud. ad Jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 21. *n.* 23. *& seqq.* Gudelinum *de jure noviss. lib.* 2. *cap.* 18. *in fine;* Zypæum *notis. juris Belg. lib.* 6. *t. de jure delib. in fine;* Wassenaar *pract. judicieel cap.* 15. *n.* 7. *& seqq.* Groenewegen *ad Grotium d. loco*, & *ad* §. 6. *Inst. de hered. qualit. & differ.* Parens p. m. Paulus Voet *ad* §. 5. *Inst. eod. t. n.* 5. Van Alphens Papegaey *par.* 1. *t.* 18. *pag. mihi* 204. *& seqq.* Plura enim de requisita inventarii forma ac solemnitatibus dicere consultum non est; cum pro locorum varietate variæ sint; & observasse suffecerit, in inventario conficiendo solemnia adhibenda esse loci illius, in quo beneficium inventarii impetrandum, confirmandumque, & descriptio bonorum facienda est, Rittershusius *ad novellas par.* 6. *cap.* 8. *n.* 10. Adde *t. de constit. Principum* parte altera, *de statutis n.* 13.

12. Et quod attinet hujus beneficii petendi tempus, si non specialis ea de re consuetudo appareat, magis est, ut, quamdiu creditores aliique similes, quorum interest, non urgent aditionem, æque beneficii petendi ac hereditatis adeundæ facultas totis triginta annis duret; cum non liceat ex jure Romano, secundum quod speciali rescripto principali opus haud erat, tempora inventario inchoando & perficiendo præstituta ad hodiernum inventarii beneficium, ex indulgentia Principis concedendum,

transferre, Sande *decis. frisic. lib.* 4. *t.* 12. *defin.* 2. *in med.* Groenewegen *ad l. ult.* §. 12. *C. h. t.* Wassenaar *pract. judic. cap.* 15. *n.* 5. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 10. *n.* 13. Sed & de loco prætermittendum non est, mortuis delegatis ad Comitia majora Ordinum Generalium, Consilii Status, aut ad Collegia maritimis rebus præposita, aliaque his similia, si eorum hereditas cum inventario adeunda sit, beneficium peti oportere ab Ordinibus illius Provinciæ, unde missi sunt, non illius, in qua muneris demandati ratione morantur, atque etiam confirmandum esse a judicibus loci illius, a quo absunt reipublicæ causa, tamquam in quo, non obstante absentia, domicilium retinuisse intelliguntur. Respons. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 294. quod & plenius adstruxi *t. de judiciis n.* 98.

13. Petunt ac impetrant hoc inventarii beneficium heredes, sive testamento instituti, sive ex lege ad successionem vocati. Nec interest, utrum jam ante tempus deliberandi petierint, nec ne: non enim jus deliberandi & beneficium inventarii ita inter se pugnant, quin priore jam tentato ad alterum transitus fieri possit; imo deliberatio ipsa in id comparata videtur, ut quis cognitis hereditatis viribus secum constituat, num expediat hereditatem adire simpliciter, an magis rescriptum principale beneficii inventarii securitatis gratia impetrari consultum sit. Sane, uti nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impediat, *l. nemo ex his* 43. *ff. de reg. juris*, & uti debitori obærato post impetratum rescriptum moratorium, elapsumque spatium dilationis eodem concessæ, denegatum non est, adhuc ad flebile ac miserabile recurrere remedium cessionis, ut dicetur *t. de cessione bonorum;* ita longe magis successiva plurium remediorum adhibitio ei permittenda, qui necdum debitor esse cœpit, sed demum ex aditione debitor futurus est, si sibi modis pluribus prospicere velit, ne ultra patrimonii acquirendi mensuram ex capite defuncti obnoxius fiat. Non obstante *l. fin.* §. *sin autem* 14. *C. h. t.* utpote in qua illis quidem, qui ex jure deliberandi adiverunt regressus ad beneficium inventarii denegatur; sed non prohibentur non uti illo deliberandi jure, eoque tentato quidem, sed non adhibito, ad novæ legis Justinianeæ auxilium transire, & sic hereditatem necdum aditam securius adire. Ne dicam, hodiernum inventarii beneficium, utcunque effectu conveniat cum eo, quod juris Romani est, formæ tamen & impetrationis intuitu longe diversum esse, sic ut non satis tuto ratione impetrationis argumentum ex jure civili petatur, uti supra *num.* 11. monitum est: præsertim, si & illud consideres, illum, qui jam impetravit a Principe beneficium inventarii, posse eo non uti, & simpliciter sese pro herede gerere, de quo infra, Parens p. m. Paulus Voet *ad* §. 5. *Inst. de hered. qualit. & differ. numer.* 3. *in fin.* dissent. auctores in Respons. Jurisc. Holland. *par.* 2. *consil.* 117.

14. Quamvis autem jure civili jam tum, cum inchoabant inventarii confectionem, hoc ipso intelligerentur aditione heredes effecti, sic ut ob id cavendum fuerit, eos durante ejusdem confectione a creditoribus inquietandos non esse, quod frustra creditoribus interdiceretur, si necdum pro herede fuissent habiti, *d. l. ult.* §. *donec* 11. *C. h. t.* moribus tamen nostris inventarii beneficium haudquaquam impetrabunt, si rerum hereditariarum contrectatione, aliove modo, sese, jam pro herede gesserint, vel etiam hereditatem jacentem expilaverint (utcunque expilatio ab extraneis facta ad gestionem pro herede ab Ulpiano relata non fuerit, quia admissum contrariam voluntatem declarat, *l. si quis extraneus* 21. *pr. ff. de acquir. vel omit. her.*) sed tanquam heredes simplices ad universi æris alieni hereditarii solutionem constringi possunt. *Edict. Caroli V.* 19. *Maii* 1544. *art.* 39. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 328. Sande *dec. fris. lib.* 4. *t.* 12. *defin.* 5. *in fine*, Groenewegen *ad l. ult.* §. 12. *C. h. t. in fine*, Rittershusius *ad novellas par.* 6. *cap.* 8. *n.* 35. Sed & si alii consanguinei remotiores defuncti, sine inventario hereditatem adire parati sint, instituto vel heredi proximo ab intestato hoc beneficium haud conceditur, sed vel iis hereditatem relinquere debet, vel ipse quoque simpliciter adire, & beneficio, forsan jam impetrato renunciare, quod facere potest, ut eos a delata sibi depellat hereditate, Gudelinus *de jur. noviss. lib.* 2. *cap.* 18. *in fine*, Zypæus *notit. juris Belg. lib.* 6. *t. de jure delib. in fin.* Sande *decis. frisic. lib.* 4. *t.* 12. *defin.* 3. Neostadius *Curiæ supr. dec.* 7. *fere in pr.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 12. Groenewegen *ad* §. 6. *Inst. de hered. qualit. & differ.* Ant. Matthæus *de successionibus in actuario divortii legum & usus n.* 72. Nam, ut hoc addam, etiam nullo simplicem aditionem offerente, is, qui primitus inventarii rescriptum impetravit, molestiarum in eo conficiendo pertæsus, beneficium impetratum repudiare, & simpliciter hereditatem admittere potest, uti post Henric. Kinschotum *resp.* 31. tradit Zypæus *d. lib.* 6. *plane in fin.* Nec refert, in Hollandia ac Zelandia, quales heredes sint, sic ut & ipsi liberi parentum hereditatem adire cum inventario cupientes, per cognatos simplicem sine inventario aditionem offerentes excludi possent, si non & ipsi simpliciter adire parati sint, Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 117. *quæst.* 2. Licet aliis quibusdam in locis transversa linea cognati non possint tale quid offerre in præjudicium eorum, qui in linea recta constitui, hereditatem non nisi cum inventario adire consultum censet, aut docet parens p. mem. Paulus Voet, ad §. 5. *Instit. de hered. qualit. & differ. n.* 5. *in med.* Plane maritum in Hollandia id offerentem haud esse audiendum, judicatum est, si non sanguine junctus sit, quasi soli illi, qui defunctum sanguinis vinculo contingunt, ad hanc oblationem ammittendi sint, Neostadius *curiæ supremæ dec.* 7. Groenewegen *ad* §. 6. *Instit. de hered. qualit. & differ. n. ult. & ad Grotii manuduct. lib.* 2. *cap.* 21. *n.* 23. Sed &, si qui per simplicis aditionis oblationem depellere velint eum, qui, cum aut institutus aut proximior legitimus esset, beneficium inventarii petierat, necessum est, ut id agant, antequam beneficium causa cognita confirmatum fuerit; sic ut ob eam quoque causam expediat, citari cognatos defuncti remotiores, ut consentiant in beneficii impetrati confirmationem seu interinationem, ut judicatum ab utraque Hollandiæ Curia, teste van Alphen *Papegaey* 5. *part.* 1. *tit.* 18. *pag. mihi* 215. *& seqq.*

15. Quia vero, pactionibus aut voluntatibus supremis debitorum nec tolli nec mutari possunt, *l. debi-*

torum 25. C. de pactis l. filiusfamilias 114. §. div. Severus 14. in fine ff. de legat. 1. etiam non recte testator in eorumdem præjudicium remittit heredi hanc inventarii confectionem; utcunque eam tutoribus remitti quadantenus posse, alibi dictum sit, Michael Grassus de succession. lib. 2. artic. inventarium hereditatis qu. 2. n. 3. Julius Clarus §. testamentum qu. 66. num. 2. Perezius in Cod. h. t. n. 18. Et his consequens est, creditorum intuitu pro inventario esse aut haberi non debere juratam testatoris declarationem, testamento de suæ substantiæ mensura facto, licet legatariis & fideicommissariis obesse possit, auth. quod obtinet, Cod. de probation. novell. 8. cap. 1. §. 1. ibique Cujacius in fin. Rittershusius ad novellas part. 6. cap. 7. n. 6. Si quæras, an non testator diserte possit prohibere cum effectu, ne heres cum inventarii beneficio hereditatem adeat? dicendum existimo, ratam hactenus haberi oportere voluntatem illam, ut, instituto aliter quam cum inventario adire nolente; substituto locus esse incipiat, etiamsi ille non sit de cognatione testatoris, vel etiam heredibus ab intestato illis in locis in quibus remotior cognatus defuncti simplicem offerendo hereditatis aditionem depellere non potest institutum, aut proximiorem legitimum, non nisi cum inventario adire cupientem; cum eatenus ista prohibitio creditoribus non damnosa sed lucrosa magis sit, & heredem in solidum æri alieno obnoxium reddat; atque insuper secundum mores nostros ipsius defuncti famæ consulatur, ne injuria ac ignominia quali quali memoria ejus efficiatur, Ant. Faber C. libr. 6. tit. 11. defin. 43. Rittershusius ad novellas part. 6. cap. 8. num. 6.

16. Quod si res quædam in inventario prætermissæ sint, & hoc a creditoribus aut legatariis probatum fuerit (etiam de domo testatoriis adductis probationibus), si quidem bona fide; quod in dubio præsumendum, tantum cæteris adjungendæ, & cumulus patrimonii augendus est, Appendix decisionum post responsa Jurisc. Holl. part. 3. vol. 1. pag. 10. Phanuc. de Phanuciis de inventario part. 3. num. 48. 49. sin dolo malo celatæ, surreptæ, amotæ fuerint ab herede, aut voluntate ejus, in duplum restituere vel hereditatis quantitati computare compellitur, l. ult. §. licentia 10. C. h. t. ac in ipsis subtractis caret Falcidiæ detractione, l. Falcidiæ legis 24. ff. ad legem Falcid. l. rescriptum est 6. ff. de his quæ ut indignis. Cumque nuspiam amissionis beneficii ex ea causa comminatio appareat, adeoque jus civile voluerit hisce pœnis obtentum esse, magis est, ut eo jure salvum de cætero sit heredi inventarii jus & effectus, quod & tuentur Joh. a Sande dec. frisic. lib. 4. t. 12. defin. 5. Rittershusius ad novellas part. 6. cap. 8. num. 21. Zoesius ad Pand. h. t. n. 22. Perezius ad Cod. h. tit. n. 16. & plurimi adducti a Fachineo sine ratione dissentiente controv. lib. 4. cap. 37. fere in pr. Quamvis enim heres inventarium conficiens subscriptionem ponere debeat, significantem & quantitatem rerum, & quod nulla malignitate circa eas ab eo facta vel facienda apud eum remaneant, l. ult. §. 2. C. h. t. &, si præfatam observationem solidaverit, hereditatem sine periculo habere, §. 4. ac deinde, eo ipso, quod inventarium secundum formam præsentis constitutionis non fecerit, & heredem omnino effici, & debitis hereditariis in solidum teneri, nec legis beneficio perfrui, quam contemnendam censuerit §. 12. tamen hæc aliaque ad id tantum pertinent, si inventarium non fecerit, sed vetus deliberandi jus amplexus sit; non vero ad id, si inventarii quidem observaverit solemnitatem, sed quædam dolo occulta aut interversa prætermiserit: quippe quo casu doli atque malignitatis pœna est tum dupli illatio, tum Falcidiæ in subtractis denegatio, quo ipso satis damnificatur. Et, quod ajunt, beneficio indignum esse, & ob id eo carere debere, qui dolo malo abusus est, tunc locum habet, cum lex aliam pœnam abutenti non imposuit, uti id factum est. Plane nostris moribus contrarium placuisse jam supra num. 14. observatum est.

17. Inventarii inchoati effectus est, quod heres interim, donec illud absolutum fuerit, a nullo sive hypothecario sive chirographario creditore hereditario conveniri possit, ne, dum litigiis cum creditoribus exercendis distringitur, impediretur intra tempus a jure præscriptum ei finem imponere, atque ita beneficium ei inutile fieret; ut tamen creditoribus hereditariis ex hoc intervallo nullum vicissim circa temporalem præscriptionem præjudicium generetur, d. l. ult. §. donec 11. C. h. t. Cui consequens est, ut & sententia contra defunctum lata medio tempore contra heredem nequeat executioni dari; cum etiam is, qui in lite victor evasit, ex causa judicati creditor sit, Boerius decis. 53. n. 3. Rolandus a Valle de confect. inventarii parte quarta utilitate 4. §. sciendum pag. mihi 182. versa col. 1. Sed hæc non impediunt, quo minus res alienæ in hereditate repertæ, ac per defunctum detentæ, quantocius arbitrio veri domini vindicetur; quia d. §. 11. tantum loquitur de legatariis & creditoribus chirographariis ac hypothecariis, quorum appellatione veri rerum domini non continentur; neque propter potentius dominii quam crediti jus recte a creditoribus interim agere prohibitis ad dominos argumentum fit, Ant. Faber Cod. lib. 6. tit. 11. defin. 28. in notis. Neque verum est, quod pro fundamento dissentiendi assumit Fachineus Controvers. lib. 6. cap. 27. heredem scilicet rei vindicatione interim interpellari non posse, quia necdum adivit hereditatem, seu nondum heres est; eo quod contrarium jam ante probatum fuit n. 14. Et quod ait, secundum Imperatorem hoc spatium ipso jure pro deliberatione heredibus concessum esse, d. §. 11. parum stringit in contrarium, quippe suam habens relationem ad legatarios & creditores, qui prohibeantur heredem interim inquietare aut in judicium vocare; ac proinde ad alios, quorum ibi nulla mentio, porrigendum non est. Sed &, cum spoliatus ante omnia restituendus sit, & favorabiliora sint redintegrandæ possessionis per vim amissæ remedia, quam ipsa vindicatio, dum & contra ipsos dominos dantur, & compensationem haud recipiunt, ut alibi dictum, etiam confectio inventarii adhuc perdurans non efficiet, quo minus spolii causa inter heredem ac spoliatum interim agitetur, ac finiatur, Ant. Faber Cod. lib. 6. d. tit. 11. defin. 38. in notis. Adhæc heres inventarium conficiens recte citatus, ut litem cum defuncto cœptam continuet, seu reassumat arma vel arramenta litis, ut loquuntur, secundum ea, quæ scripsi in tit. de judiciis n. 32. Non etiam creditores interim fidejussorem defuncti impediuntur compellere ad solvendum id, quod defunctus debet,

& in quod suam sponsor fidem dedit, cum nulla lege induciæ tales heredi concessæ ad fidejussores producta sint, ac eadem hic ratio militet, quæ est pro eo, quod rescripti moratorii dilatio fidejussori nequaquam prosit, ut dicetur *tit. de cessione bonorum.* Denique nec ipse heres propter inventarii conscriptionem impeditur, quo minus debitores hereditarios, facultatibus forte labentes, aut de fuga suspectos, judicio interpellet, aut jam fugientes persequatur; ne alioquin in commodum heredum adinventa torqueantur in dispendium, debitore jam per fugam subducto, aut ex inopia inanem faciente heredis actionem, Boerius *decis.* 53. *n.* 4. Perezius *in Cod. h. t. n.* 11. *effectu* 5.

18. Perfecti inventarii vis in multis & ad multa notabilis est. Etenim primo quidem nullis creditoribus hereditariis, quantumcunque privilegiatis, tenetur ultra vires hereditarias, §. *pen. Instit. de hered. qualit. et differ. l. ult.* §. *et si præfatam* 4. *C. h. t.* nec de suo quicquam iis tenetur exsolvere. Unde si cum bonis defuncti res quoque heredis proscripta sit, recte heres hoc in casu sese proscriptioni & venditioni ulteriori opponit, perinde ac si heres non esset, arg. *l. ult.* §. *in computatione* 9. *in fine C. h. t.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 27. Diversum esset, si jam ab ipso defuncto res heredis alienata esset; tunc enim factum defuncti ab eo præstandum esse, non obstante inventario, nec ultra permitti ipsi debere rei alienatæ vindicationem, quam quatenus æstimationem ejus ex reliquis defuncti bonis salvam sibi habere nequit, latius tractatum *in tit. de rei vindicat. n.* 16. *post med.* Idemque dicendum, si defunctus cum tertio transegerit super fideicommisso, quod & ad heredem transigentis debuisset devolvi, si transactio facta non fuisset, nam & tunc non ultra ab illo tertio fideicommissi persecutionem facere potest, quam quatenus ex bonis defuncti rerum fideicommisso obnoxiarum æstimationem non potest salvam habere. Et cum hac distinctione accipi velim, quæ a me succinctius scripta in *tit. de transaction. n.* 9. *in fine.* Quod si non heres tantum cum inventario, sed & simul fidejussor defuncti sit, omnino qua fidejussor a creditore defuncti in solidum conveniri potest, licet cæteris creditoribus non solidum solvatur, regressum tantum eatenus habiturus adversus hereditaria defuncti bona, quatenus & alia sibi a defuncto debita potest sibi, secundum post dicenda, salva habere, arg. *l. debitor* 3. *ff. de separationibus, l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *quod vulgo* 3. *ff. de solution.* & ad eam Cujacius *lib.* 11. *observ.* 34. Carpzovius *defin. for. par.* 2. *constit.* 18. *defin.* 13.

19. Alter effectus est, quod res hereditarias vendere, & tradendo dominium earum in emtores transferre possit, si modo defunctus dominus fuerit: sic ut eo casu emtores a nullo defuncti creditore hypothecario conveniri possint, aut rem venditam hypothecaria actione conventi reddere compellantur. Licet enim vulgo placuerit pignus alienatum a debitore vel a tertio transire cum suo onere in quemvis possessorem, atque etiam creditores potiora jura habentes pignus ab emtore avocare posse per hypothecariam actionem, etiam, cum posterior creditor hypothecarius distractionem fecit, *l. diversis temporibus* 8. *C. qui pot. in pign.* tamen hic contra constitutum fuit, emtorem ab herede cum inventario comparantem securum fore; ne alioquin evictis rebus venditis emtori contra heredem vendentem actio de evictione detur, atque ita heres contra mentem Imperatoris, inventarii beneficium concedentis, in damno hæreat, *d. l. ult.* §. *sin vero creditores* 5. & §. *sed nec adverso* 8. *C. h. t.* quod longe magis moribus nostris, velut jus commune, comprobandum est, quoties heres bona defuncti solemniter auctione publica distrahi curavit; per ea quæ scripsi *in tit. qui pot. in pign. n.* 35.

20. Proximus hisce est effectus tertius, quod nempe heres de ordine atque privilegiis creditorum non teneatur sollicitus esse, sed cuilibet primo venienti tuto solvere possit, tum ex pecunia in hereditate reperta, tum ex pretiis rerum hereditariarum ab herede distractarum; omnibusque erogatis non ultra teneatur creditoribus supervenientibus, utcunque privilegio prælationis aut hypotheca munitis, *d. l. ult.* §. *et si præfatam* 4. *et* 5. *et* 7. *C. h. t.* Et ex eo descendit fundamento, quod a Carolo V. constitutum fuit, hereditate cum inventarii beneficio adita, debiti liquidi & puri solutionem ob alia illiquida ejusdem defuncti debita haud differendam esse, si modo creditores hi solutionem impetrantes caveant de restituendo, ubi jura eorum debiliora, quam cæterorum, apparent, *Edict. Caroli V.* 19. *Maii ann.* 1544. *art.* 40. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 328. Hugo Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 21. *n.* 24. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 19. *quæst.* 2. Quin imo, si confirmationi inventarii sese nonnulli creditores sive bona fide sive per calumniam opponant, possunt hodie creditores alii, quorum debita liquida sunt, aut arbitrio judicis brevi liquida fieri possunt, petere, sibi etiam ante inventarii confirmationem satisfieri, interposita de restituendo satisdatione, Wassenaar *pract. judic. cap.* 15. *num.* 41. 42. 43. Cujus cautionis interventu efficitur, ut creditoribus potiora jura habentibus sua non pereat prælatio ex hypotheca vel privilegio competens; dum adversus creditores debiliori jure munitos, vel legatarios, qui suum debitum aut legata jam consecuti sunt, solutorum restitutionem urgere possunt, vel actione hypothecaria, quatenus pretium successit in locum pignoris, vel actione ex stipulatu ex vi cautionis, vel condictione ex lege, vel condictione indebiti respectu legatariorum, quibus legata indebite solvuntur, quamdiu creditoribus satisfactum non est, *d. l. ult.* §. *sin vero creditores* 5. *et* 6. *C. h. t.*

21. Quarto ad effectus inventarii merito retuleris, quod heres creditoribus defuncti res ipsas hereditarias possit pro debito in solutum dare, quoties numerata pecunia in hereditate non invenitur, nec rerum venalium existunt emtores, *d. l. ult.* §. *sin vero heredes* 6. *C. h. t.*, junct. *auth. hoc nisi C. de solut.* Fachineus *controvers. lib.* 4. *cap.* 39. *in fine.* Nostris plane moribus res omnes hereditariæ auctione publica solemniter vendendæ sunt, pretio tali, quale per licitationis fervorem aut remissionem invenire possunt, ut inde creditores, quoad ejus fieri poterit, suum consequantur, neque quicquam ex rebus ipsis hereditariis addici creditoribus defuncti, consuetudo fert, Groenewegen *ad auth. hoc nisi C. de*

solut. Adde *tit. de distract. pignor. num. ultim. in fin.*

22. Insignis insuper quinta inventarii prærogativa est, quod, si dimissis creditoribus omnibus hereditariis aliud ex hereditate supersit ejus dodrans cedat legatariis, pars quarta apud heredem remaneat ex lege Falcidia, *l. ult. §. & si præfatam* 4. *C. h. t.* quod & usu servari judicatum refert Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 10. Et licet olim Falcidiam in testamento militari locum non habuisse, in aperto sit, *l. in testamento* 7. *C. ad legem Falcid.* jure tamen novo, ex quo inventarii beneficium inductum fuit, etiam in militum hereditate cum inventario adita eandem admitti, suadet generaliter *d. legis ultimæ*, nullam inter paganorum militumque successiones ponentis diversitatem, Rolandus a Valle de *confect. inventarii parte quarta, utilitate* 3. *fere in pr. pag. mihi* 180. *versa col.* 2. Sed &, si quæ res hereditariæ post mortem testatoris interierint, utcunque vulgo heredi, non legatariis, pereant, *§. quantitas* 2. *Instit. de lege Falcidia*, confecto tamen inventario, eas legatariis & creditoribus magis quam heredi perire, statuendum est; cum Imperator hoc heredi inventarium conficienti præmium proposuerit, ut hereditatem sine periculo adeat, *l. ult. §. si præfatam* 4. *C. h. t.* quod verum non esset, si ad ipsum spectaret interitus atque corruptio rerum, Fachineus *controvers. lib.* 6. *cap.* 30. Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 11. *in fin.*

23. Sexta inventarii confecti utilitas est, quod heres in computatione patrimonii hereditarii retinere, seu ante æs omne alienum defuncti deducere possit, quicquid in funus impedit, vel in testamenti insinuationem, vel inventarii confectionem vel in alias necessarias causas hereditatis approbaverit se persolvisse, *l. ult. §. in computatione* 9. *C. h. t.* dummodo funeris impensæ modum non excesserint, utcunque quædam in pompam sepulturæ pro defuncti qualitate & more regionis erogata fuerint, sine quibus honeste duci funus haud potuisset, Anton. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 9. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 5. *consil.* 175. Adde *tit. de religios. & sumt. fun. nu.* 13. 14. Ad impensas autem necessarias & illud pertinet, quod pro rerum hereditariarum persecutione ab iniquis possessoribus, aut defensione adversus actores per calumniam res hereditarias petentes exsolutum, quin &, quod in litis dubiæ agitationem bona fide expensum est; licet tandem heres victus sit, Ant. Faber *C. lib.* 7. *t. de bonis auctor. jud. possid.* 32. *defin.* 23. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 4. *in fine.* Adde *tit. de usufructu nu.* 35. *in med. et tit. de admin. et peric. tut. num.* 12. Similiter ad sumtus in inventarii confectionem factos merito retuleris, quod erogare heres debuit ob id, quod sese nonnulli confirmationi beneficii inventarii non jure opposuerint, si tandem repulsam passi, nec tamen in expensas damnati sint: cum utique sine sumtu tali heres non potuisset beneficii impetrati effectu gaudere.

24. Denique septimo ex inventarii beneficio descendit, quod aditione non contingit debiti creditique confusio, si defunctus heredi, aut vicissim defuncto heres debitor fuerit; sic ut heres deducere quidem seu præcipere non possit ex patrimonio defuncti, quod sibi debitum est, sed cum aliis pro rata concurrat creditoribus, similem per omnia cum illis fortunam habiturus; salvo tamen tum heredi, tum unicuique creditori suo hypothecæ vel privilegii adeoque prælationis jure, *d. l. ult. §. in computatione* 9. *in fine C. h. t.* arg. *l. procuratoris* 5. *§. quid tamen* 8. *& §. sed si dedi* 18. *ff. de tribut. act.* Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *c.* 40. *n.* 6. Cui consequens est, ut, si filiæ dos a vivo patre bona fide promissa, sed non præstita sit, eaque deinceps cum inventarii beneficio sese paternæ immisceat hereditati, etiam perinde, ac si abstinuisset, exactionem dotis salvam habeat, Resp. Jurisc. Holl. *art.* 2. *consil.* 117. *qu.* 1. Sed & pœnas conventionales heredi a defuncto debitas eidem ex inventarii beneficio integras remanere, contendit Ant. Matthæus; quia pœnæ tales proxime ad usuras & id quod interest accedunt, imo propter incertitudinem ejus quod interest, difficilemque probationem, pœnales stipulationes concipi solent; ac proinde, uti obligatio usurarum, & jus quod interest, heredi cum inventario adeunti non perit, ita nec effectum stipulationis pœnalis, succedentis in locum ejus quod interest, eidem denegari æquum videtur; ne alias ex aditione in damno hæreat, juris scilicet seu obligationis jam quæsitæ amissione, *de auctionibus lib.* 1. *cap.* 21. *n.* 15. *in med.* Nisi forte hic idem magis placeat, quod in Falcidiæ computatione, in qua pœnæ conventionalis deductio vel imputatio per aditionem amittitur, ac solius rei, seu ejus quod interest, imputatio fit; *cum emtor* (inquit Paulus) *venditori vel contra heres extitit, utrum duplum in æs alienum deducere vel computare debeat, an simplum? duplum enim esset, si alius heres extitisset. Et benignius est, eodem herede existente, simplum ei imputari, l. cum emtor* 48. *ff. ad leg. Falcid.* Si enim id ita placuerit, ubi de augenda vel minuenda legatariorum portione quæstio est, rationem non animadverto, cur non creditorum etiam intuitu probari debeat. Et quod dicitur, heredem cum inventario adeuntem damnum nullum sentire debere, non satis forte stringet, si perpendas, pœnarum persecutiones, quatenus egrediuntur id quod interest, in lucro computari, ideoque heredem iis ex aditione carentem damno non affici, sed tantum a lucro depelli, quod hereditate non adita potuisset obtinere, Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 11. Cumque hoc ita in conventionali pœna satis probabiliter defendi possit, longe magis in legali admittendum est, si forte pœnalem ex delicto actionem heredes defuncto adhuc viventi movisset, isque lite demum contestata decessisset. Quæ vero dicta hactenus de herede creditore, eodem modo definienda, si heres defuncto debitor fuerit, circa quæstionem, an, & quousque debitum, sive rei sive pœnæ confusione perimatur, *l.* 1. *§. pen. d. l.* 48. *ff. ad leg. Falcid.*

25. Illud interim observatu dignum est, heredem cum inventarii beneficio adeuntem, etiam post distributam inter creditores omnem pecuniam ex rerum hereditariarum distractione redactam, ac redditas omnium rationes, arramenta seu reliquias litis contra defunctum inchoatæ, suscipere compellendum; cum inventarii beneficium id unum heredi tribuat, ne ultra vires hereditatis de suo quid solvat, atque ita extra damnum sit, Neostadius, *de Pactis antenupt. observ.* 5.

26. Adita autem per fiduciarium heredem hereditate cum inventarii beneficio, non tantum fiduciarius, sed & fideicommissarius, post factam sibi restitutionem, commodorum ex inventarii confectione profluentium particeps futurus est; tum quia tales scripturæ publicam fidem faciunt, arg. *l. ult. C. arbitrium tutelæ*, *l. chirographis* 57. *ff. de admin. & peric. tut.* tum quia restitutionis ex Senatusconsulto Trebelliano hic effectus est, quod onera hereditaria pro rata restitutionis parte transeunt in fideicommissarium; ac proinde, uti fiduciarius jam tum ex inventarii beneficio non ultra vires hereditatis cœpit creditoribus & legatariis ex aditione devinctus esse, ita nec ultra in fideicommissarium onera per restitutionem transmitti possunt aut transire, arg. *§. sed quia* 7. *&* 9. *Instit. de fideicommiss. hered.* Nec adversatur, quod fideicommissarius gaudere nequit juribus illis aut actionibus, quas hereditatis intuitu fiduciarius sibi paraverat, nisi specialtim cessæ fuerint, *l. si heres pecuniam* 73. *ff. ad senatusc. Trebell.* Considerandum enim, primo quidem, in ea lege de privatis agi stipulationibus, quæ jure civili non prosunt aliis sine cessione, dum quisque sibi, non alteri stipulando acquirit, *§. si quis alii* 4. *& §. alteri* 19. *Inst. de inutil. stipul.* Sed & secundo ex illa ipsa lege manifestum est, fideicommissario saltem adversus fiduciarium actionem competere ad id, ut cedantur ipsi commoda illa, quæ circa hereditatem a fiduciario quæsita sunt, adeoque & jus illud, quod ex adhibito inventarii beneficio natum fuit: quo ipso satis fideicommissario ac securitati ejus prospectum est. Adde Francisc. Porcellinum *de confectione inventarii c.* 2. *n.* 22. Fachinæum *controv. lib.* 6. *cap.* 31.

27. Quod si sine inventarii adhibitione hereditas adita sit, ad omnia in solidum etiam supra vires hereditarias exsolvenda heres tenetur, nec Falcidiam ex legatis deducit, nec salvam habet legitimam, quia creditur hereditas ad omnia sufficiens, *l. ult. §. sin vero postquam* 12. *& §. sin autem* 14. *C. h. t.* Licet enim ante Justiniani tempora ita jus fuerit, ut creditoribus quidem in solidum heres adeundo obstringeretur, sed legatariis non ultra quicquam præstaret, quam post dimissos defuncti creditores & deductas funeris impensas ac pretia servorum manumissorum in hereditate mortis tempore repertum fuisset, hujusque ipsius residui pars quarta apud heredem remaneret ex legis Falcidiæ dispositione, *§. ult. Instit. de lege Falcidia*, ac in iis casibus, in quibus cessabat Falcidiæ detractio, nihil ultra vires patrimonii legatariis præstandum esset, *l. in testamento* 12. *C. de testam. militis*, tamen post inductum inventarii remedium, in pœnam spreti hujus beneficii saluberrimi a Justiniano adinventi, constitutum fuit, eos, qui adhibito vetere deliberandi jure ad hereditatem venirent, non solum creditoribus in solidum teneri, sed & legis Falcidiæ beneficio minime uti, *d. l. ult. §.* 14. *C. h. t.* adeoque ad integra legata supra vires patrimonii obstrictos fore; cum utique legis Falcidiæ beneficium olim in duobus constiterit, puta, quod primo detrahendum fuerit, quod extra bonorum quantitatem legatum erat, deinde quarta ex eo, quod in bonis defuncti repertum esset, *§. ult. in fine Instit. de leg. Falcidia.* Quod & in *novell.* 1. *cap.* 2. *§.* 2. satis aperte Imperator expressit, cum inquit: *si vero non fecerit inventarium secundum hanc figuram, sicut prædiximus, non retinebit Falcidiam, sed complebit legatarios & fideicommissarios, licet puræ substantiæ morientis transcendat mensuram legatorum datio.* Neostadius *Curiæ supr. decis.* 19. Leeuwen *censur. forens. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 9. *n.* 6. Et quamvis legitima onerari nequeat a testatore, *l. omnimodo* 30. *C. de inoff. testam.* tamen a lege in pœnam potest adimi, uti ademta est, dum constitutum, ut & creditoribus integrum solvatur debitum, & legatariis relicta compleantur in totum, utcunque substantiæ morientis transcendant mensuram, *d. l. ult. §.* 14. idque sui sive extranei heredes sint, cum Justiniani lex nova æque suis se immiscentibus atque extraneis præscripta sit, ut patet ex *d. l. ult. §.* 1. 2. *C. h. t.* Nec movet, quod in casu, quo liberi aut patroni a parentibus aut libertis suis instituti voluntatem testatorum intra annum implere distulerint admoniti, hereditate quidem sibi relicta priventur, sed legitimam nihilominus illibatam sibi servent, *novell.* 1. *cap.* 1. *§.* 1. *& cap. illud quoque* 4. *§.* 1. cum a diversis male fiat illatio, nec adeo peccet, qui tantum differt implere defuncti judicium, uti quidem, qui, inventario omisso, sibi diripiendi, celandi amovendique occasionem ac viam in creditorum hereditariorum necem parat. Debile quoque est, quod ajunt, legitimam æs alienum dici: cum proprie æs alienum non sit, sed quasi æs alienum; &, si maxime æs alienum esse concederetur, tamen confusione per aditionem sine inventario factam contingente peremtum esset, Vinnius *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 28. *post med.* Adde Sebast. Monticulum *de inventario cap.* 8. *n.* 464. Ex eodem descendit fundamento, quod censent, mulierem a marito suo heredem institutam doarium suum perdere, si hereditatem ejus simpliciter sine inventario adierit, Ant. Matthæus *de succession. disput.* 16. *thesi* 12. An autem Trebellianicæ detractio ob non confectum repertorium heredi fiduciario denegari debeat, dicetur *tit. ad Senatuscons. Trebellian.*

28. Plane, si heres cum inventarii quidem beneficio censuerit hereditatem adeundam esse, sed tamen leviora quædam, quæ observanda erant, sine fraude prætermiserit, etsi de rigore juris pro eo habendus videatur, quasi sine inventario heres esset, tamen aut purgatio negligentiæ aut saltem in integrum restitutio petenti non ita facile denegatur. Confer Sande *decis. frisic. lib.* 4. *t.* 12. *defin.* 4. Vab Alphens Papegaey *par.* 1. *t.* 18. *n.* 13. *pag. mihi* 215. Wassenaar *pract. judic. c.* 15. *n.* 24. Sed & militibus jure civili id datum fuit, ut etiam inventario non composito tantum usque ad hereditatis vires ex aditione obligentur, *l. fin. in fin. C. h. t.* Fiscum quoque in bona damnatorum ex publicatione, vel sine herede defunctorum vacantia, succedentem non ultra, quam quatenus repertum fuerit, creditoribus hereditariis obstringi, verius est, cum ita non hereditatis, sed tantum bonorum successor sit; bona autem non intelliguntur, quoties ære alieno deducto nihil reliquum est, arg. *l.* 1. *§. an bona* 1. *l. non possunt* 11. *ff. de jure fisci*, junct. *l. subsignatum* 39. *§.* 1. *ff. de verb. signif.* Fachinæus con-

trovers. lib. 6. *cap.* 21. Burgundus *ad consuetud. Flandr. tract.* 13. *n.* 10. *& seqq.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 12. 13. quod & obtinet, ubi fiscus jus suum publicationis remisit, & quibusdam damnati proximis successionem indulsit; cum hi non ex lege tanquam legitimi successores, sed ex liberalitate Imperatoris in locum fisci surrogati, capiunt damnati bona, juxta *novell.* 134. *cap. ult.* Neostadius *curiæ Holl. decis.* 21. Secus quam statuendum esset, si fiscus a privato heres institutus sine inventario sese delatæ immisceret hereditati: quippe quo casu a privatis aliis hereditatem simpliciter admittentibus sperandus non est, cum ei nuspiam privilegium hac in parte concessum appareat. Fachinæus *controvers. lib.* 6. *cap.* 21. Rolandus a Valle *de confect. inventarii par.* 2. *quæst.* 21. Denique etiam nostris moribus Diaconi aliique similes curatores pauperum, possunt pauperum a se nutritorum hereditates, uti & alias ex testamento delatas adire, sibique vindicare, ita ut ultra vires hereditatis haud obligentur, si modo coram loci Scabinis inventarium fecerint, licet non solemniter inventarii beneficium per eos a Principe impetratum sit. *Placitum Ordinum Holland.* 7. *Martii* 1680. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 1421. Adde Fachinæum *controv. lib.* 6. *cap.* 20. Rolland. a Valle *de confect. inventarii par.* 2. *quæst.* 12.

29. Alia de inventarii beneficio petenda ex auctoribus, qui ex professo hanc tractarunt materiam, quales sunt, Franciscus Porcellinus, Joh. Corasius, Roland. a Valle, Sebastianus Monticulus, Phanucius de Phanuciis, Guido Papa, Fachinæus *controvers. lib.* 6. *c.* 20. *& seqq. ad cap.* 35.

INDEX TITULORUM

IN COMMENTARIO

AD PANDECTAS CONTENTORUM.

LIBER XXIII.

LIBER XXIV.

LIBER XXV.

LIBER XXVI.

LIBER XXVII.

LIBER XXVIII.

FINIS TOMI QUARTI.

